مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

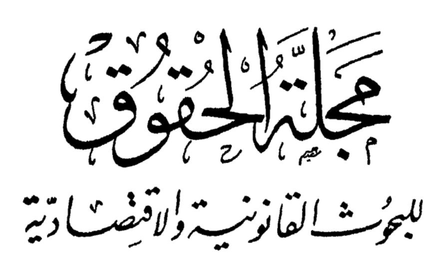
كلية الحقوق

جامعة الاسكندرية



السنة الخامسة عشرة (١٩٧٠)

العدد الثانى



تصدرها

كلية الحقوق فى جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكي عبد المتعال

رئيس التحرير : الدكتور مصطفى كمال طه

السنة الخامسة عشرة (١٩٧٠)
العدد الثانى

مطبعة جامعة الاسكندرية
١٩٧٣

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

استهدفت مجلة الحقوق منذ إنشائها نشر الثقافة القانونية والاقتصادية وتشجيع البحث الجاد والدراسة المتعمقة ، فأمدت فقه القانون بذخيرة ضخمة من البحوث الدقيقة والمقالات القيمة ، كان لها أثرها البارز فى توجيه المشرع وإيضاح معالم الطريق أمام القضاء .

ويضم هذا العدد ، شأن الأعداد السابقة ، مجموعة من البحوث والمقالات فى موضوعات شتى فى مجال القانون والاقتصاد تتصل بالنظر والعمل على السواء .

وتأمل المجلة أن تكون قد أدت رسالتها طيلة السنوات الماضية وحققت للمشتغلين بالقانون والاقتصاد كل نفع عميم .

والله ولى التوفيق .

رئيس التحرير

فهــــرس

مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية

للدكتور
السيد محمد ابراهيم
المستشار المساعد بمجلس الدولة

نبذة عن البحث

القسم الأول

تطور المبدأ فى فرنسا وارتداده فى مصر

الباب الأول : تطور المبدأ فى فرنسا

الفصل الأول : ظهور المبدأ فى النظام الفرنسى القديم قبل الثورة الفرنسية .

المبحث الأول : وحدة السلطة واختلاط الوظائف وعدم الفصل بين الهيئات .

المبحث الثانى : إعمال الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية .

الفصل الثانى : إقرار المبدأ بعد الثورة الفرنسية كأسلوب للفصل بين القضاء الادارى والمحاكم القضائية

المبحث الأول : تطبيق المبدأ كوسيلة لحماية الادارة العاملة .

المبحث الثانى : الخلط بين الادارة العاملة والادارة القاضية .

الفصل الثالث : تطور المبدأ إلى أسلوب للفصل بين القضاء الادارى والادارة العاملة

الباب الثانى : ارتداد المبدأ فى مصر

الفصل الأول : المبدأ فى عهد المحاكم القضائية قبل إنشاء مجلس الدولة

الفصل الثانى : المبدأ بعد إنشاء مجلس الدولة .

القسم الثانى

العلاقات المتبادلة بين القضاء الإدارى والإدارة العاملة

الرموز

م يرمز الى أن الحكم صادر من محكمة القضاء الإدارى يليه سنة المجموعة المنشور بها الحكم ثم رقم الصفحة المنشور بها الحكم .

ع يرمز الى أن الحكم صادر من المحكمة الادارية العليا يليه سنة المجموعة المنشور بها الحكم ثم رقم الصفحة المنشور بها الحكم .

مقدمة

لم يكن مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية(١) — فى نشأته فى فرنسا — وليد الفكر والنظر القانونى ، بل كان وليد ظروف واعتبارات سياسية أوحت به وحملت إلى تقريره . ثم أخذ المبدأ طريقه إلى التطور بطيئاً ومطرداً، مختلطاً فى نظر البعض بمبدأ الفصل بين السلطات، منفصلا عنه فى نظر البعض الآخر ، متأثراً بالسائد أو الغالب من الفكر السياسى أو القانونى ، إلى أن استقر على وضعه الحالى فى صورة تختلف إما اختلاف عما قصد اليه واضعوه، سواء فى مفهومه أو فى آثاره على العلاقات المتبادلة بين الهيئات موضوع الفصل .

ويدور المبدأ فى محوره وفى تطوره حول الاختصاص العام بالفصل فى المنازعات الإدارية . فقد اشتد فيها الجذب بين الهيئات القضائية والهيئات الإدارية ، الأولى تشده اليها تمسكاً منها بوظيفتها القضائية ، والثانية تشده اليها تمسكاً منها باستقلالها بشئونها .

وحتى بعد إنشاء مجلس الدولة كهيئة مستقلة حلا لذلك التنازع بين الهيئات المذكورة ، وليختص دونها بالفصل فى المنازعات الإدارية ، ظهرت آثار الشد والجذب بين تلك الهيئات . ففى فرنسا جذبته الهيئة الإدارية ليقوم فى أحضانها ، وفى مصر جذبته السلطه القضائية ليقيم بينها .

---

(١) يطلق عليه بعض الفقهاء صفة القاعدة règle وليس المبدأ principe كذلك يعبر البعض عن الهيئات « الادارية والقضائية » بصيغة الجمع

séperation des autorités administratives et judiciaires

ويعبر البعض الآخر عنها بصيغة المثنى أى الهيئتان الإدارية والقضائية .

separation des autorités adminatrative et judiciaire

وكان Vedel. يستعمل صيغة المثنى إلا أنه نزولا على ما تجرى عليه الأغلبية من استعمال صيغة الجمع عدل عن اتجاهه وعاد يستعمل صيغة الجمع

Vedel. Droit Adminstratif 1968 p.61.

وقد أخذنا بالاتجاه الغالب .

ولهذا فإن تاريخ مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية ، هو فى حقيقته تاريخ القضاء فى المنازعات الإدارية . كما أنه فى تطوره ، كان ينعكس فى تقلب ذلك القضاء بين تلك الهيئات ، إلى أن انحسم الأمر بإنشاء مجلس الدولة الفرنسى .

وإذا كان التنازع قد قام أصلا بين الهيئات الإدارية وبين المحاكم بوصفها الهيئة القضائية ، فإنه بعد إنشاء مجلس الدولة الفرنسى كأسلوب لحل ذلك التنازع ،ورغم عدم دخوله طرفاً فيه، كان حتماً أن تلحقه بعض آثاره ، لتفرض عليه وهو يقضى فى منازعات تختص فيها الإدارة ، حدوداً لهذا القضاء ، يحفظ فيها ليس الجوهر الموضوعى لاستقلال الإدارة فحسب بل وكذلك المظهر الشكلى لهذا الاستقلال .

وفى النطاق المتقدم يتحدد منهج البحث . إذ ينبغى استعراض نشأة ذلك المبدأ وتطوره فى فرنسا،ومكانه فى نظامنا القضائى فى مصر وذلك فى قسم أول . هذا ولما كان المبدأ قد انحسم فى صورة إنشاء قضاء إدارى مستقل -مجلس الدولة — فانه ينبغى تحديد آثار ذلك المبدأ فى العلاقات المتبادلة بين القضاء الإدارى والإدارة العاملة فى قسم ثان .

القسم الأول

تطور المبدأ فى فرنسا وارتداده فى مصر

الباب الأول

تطور المبدأ فى فرنسا

كان القرنان السابع عشر والثامن عشر ، وحتى قيام الثورة الفرنسية ، مسرحاً شهدت فيه فرنسا صراعات دارت بين الهيئات الإدارية والهيئات القضائية ، بدأتها هذه الأخيرة بالعدوان ، وحسمتها الأولى بعزل الهيئات القضائية عن الفصل فى المنازعات التى تختصم فيها الإدارة ، وهى المنازعات الإدارية . وكانت هذه نهاية مرحلة ، وبداية لمرحلة جديدة ، استأثرت فيها الهيئات الإدارية بالقضاء فى تلك المنازعات . وكان فى جمعها بين الوظيفتين الإدارية والقضائية من المثالب والمساوىء ما جعلها تتقلب فيه كل منقلب إلى أن انتهى التطور فى مرحلة ثالثة بإنشاء قضاء إدارى مستقل عن الإدارة العاملة من ناحية وعن المحاكم القضائية من ناحية أخرى .

تلك مراحل ثلاث تمثل التطور الموضوعى لمبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية نعرضها فى فصول ثلاثة .

الفصل الأول

ظهور المبدأ فى النظام الفرنسى القديم قبل الثورة الفرنسية

ليست الرجعى وراء بهذه الدراسة إلى ماقبل الثورة الفرنسية فى سنة ١٧٨٩ بل وإلى ما قبل القرن الرابع عشر ، مجرد عرض نظرى وتاريخى لحقبة من الزمان الغابر لم تعد تربطنا بنظمها من صلة، وهو فى ذاته لايخلو من قيمة، وإنما هى ضرورة يقتضيها البحث لتقصى ذلك المبدأ، وتتبعه فى ميلاده البعيد ، للتعرف عليه فى أطواره الأولى، وفى الظروف التى نشأ فيها .

وإذا كان النظام الملكى فى ذلك العهد يقوم على وحدة السلطة المطلقة، فى وقت لم يكن فيه مبدأ الفصل بين السلطات قد ظهر أو شق له طريقاً فى نظم الحكم ، فإن تسرب مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية إلى الظهور حثيثاً فى ذلك العهد من الحكم المطلق ، يساعد على استخلاص حقيقتين ، الأولى أنه وقد ظهر وأخذ ينمو فى ظل حكم مطلق ، لا يكون إلا سنداً لهذا الحكم المطلق . والثانية أنه وقد ظهر قبل ظهور مبدأ الفصل بين السلطات ، لا يكون له من صلة بهذا المبدأ الذى ظهر لمحاربة الحكم المطلق .

المبحث الاول

وحدة السلطة واختلاط الوظائف وعدم الفصل بين الهيئات

وحدة السلطة :

كان النظام القديم l'ancien régime يقوم أساساً على أن الملك يمسك بكل السلطة مركزة فى يديه ، وكان التصور أن فكرة السلطة وحدة لا تنقسم ولا تنفصل إلى مجموعة مختلفة من السلطات ، ولهذا لم يكن ممكناً فى ذلك الوقت، التحدث عن سلطات — بصيغة الجمع — مجتمعة فى يد الملك

بل عن سلطة واحدة ، يفوض فى بعض اختصاصاتها ، ويحتفظ بالأخرى ، ويظل نظرياً هو المشرع الوحيد ، والقاضى الأعلى ، وحاكم المملكة .

فأما عن سلطته فى التشريع ، فكانت إرادة الملك هى مصدر القانون الوضعى ، وهى إرادة حرة يمارسها بإطلاق . ولم تكن لأية قاعدة قيمة تعلو على تلك التى تصدر عن إرادته ، فيما عدا القوانين التى كانت تسمى بالقوانين الأساسية lois fondamentales (١) ، والتى كانت تحدد واجبات الملك نحو الكنيسه والمملكة والرعايا . ففيما يتعلق بالكنيسه ، كان الملك يلتزم بحماية منشآتها والدفاع عن مبادىء الديانة الرومانية . وأما عن المملكة باعتبارها إقطاعاً من الأرض ، فكان على الملك واجب الدفاع عنها ضد أى اعتداء خارجى أو داخلى . كذلك كان على الملك واجب نحو الرعايا يتمثل فى التزامه بإقامة العدالة بينهم .

وأما عن سلطته فى الإدارة وتنفيذ القوانين ، فلم يكن الملك ليخضع للقوانين التى يصدرها ، أو التى أصدرها أسلافه من قبل ، دون ما حاجة إلى إلغائها . وكانت سلطته فى الحكم مطلقة وغير محدودة . وأما قراراته التى يصدرها فى تنفيذ القوانين الأساسية ، فقد كانت تخضع لنوع من من الرقابة ، يمارسها الملك بنفسه فى ضوء الفتاوى التى يعرضها عليه مجلس الملك . وبذلك كان وحده قاضى المشروعية والملاءمة لتلك القرارات (٢) .

وأما عن القضاء فكان الملك مصدر العدالة ، وهو بوصفه القاضى الأعلى souverain juge يوزع الاختصاصات بين مختلف المحاكم فى المملكة ، مع احتفاظه بالحق فى سحب أية منازعة من المحكمة المختصة بنظرها

---

(١) لم تكن تعتبر هذه القوانين من قوانين الملك lois du roi بل من قوانين الدولة lois de l'Elat ومن هنا كان مصدر قوتها الملزمة للملك

Goyard. La compéténce des tribunaux judiciares en matiere. administrative 1962 p. 36 et Vedel op. cit. p. 63

(٢) Goyard op. cit. p. 35

للفصل فيها بنفسه أو بمعرفة قضاة يختارهم ، كلما رأى فى ذلك تحقيقاً لأمن الدولة أو لحسن العدالة فى مملكته . كما كان له الحق فى أن يعفى بعض الأشخاص من الخضوع للقواعد العامة فى الإختصاص ، وأن يوقف الأحكام المعيبة بمخالفة الإجراءات الجوهرية أو قواعد الإختصاص ، كما كان يملك التداخل فى ممارسة القضاء بقرارات عفو تصدر منه . كل هذه الإمتيازات تتصل بفكرة القضاء المحجوز justice retenue التى كان يمارسها الملك ولم يكن يرد عليها من قيود اللهم إلا ما يضعه عليها بإرادته .

وعندما توقف الملك عن رئاسة مجلسه فى القرن الثالث عشر ، فوض الإختصاص القضائى إلى القسم القضائى لذلك المجلس . (١) وهو تفويض لا يحمل التنازل ، وانشئت محاكم البرلمان Cours de Parlement بوصفها «ممثلة الملك فى وظائفه القضائية representant du rois dans ses fonctions de justicier وتأكد اختصاصها العام ، وأصبح لكل محكمة برلمان اختصاص عام — من حيث المبدأ — فى الحكم استئنافياً فى حدود نصابها فى كل منازعه مدنية كانت أو جنائية أو إدارية لم تسند بصفة خاصة وبإرادة الملك إلى جهة قضائية أخرى (٢) .

محاكم متخصصة فى بعض المسائل الادارية :

وكان يقوم فى ذلك النظام القديم قبل الثورة الفرنسية هيئات قضائية خاصة تتولى الفصل فى بعض المسائل الإدارية . فقد انشئت منذ سنة ١٣٠٩ غرف المحاسبات chambres des comptes للفصل كمحكمة المحاسبات الحالية Cour des comptes فى حسابات الأمناء العامين comptes des comptables publics كما انشئت فى سنة ١٤١٣ محاكم المساعدات Cours des aides للفصل فى دعاوى

---

(١) كان مجلس دولة الملك Conseil d'Etat du Roi يمثل الجهة الادارية العليا للدولة. وفى داخل هذا المجلس كانت تقوم مجالس الحكومة conseils de gouvernement ومجالس الادارة والقضاء Conseils d'administration et de justice وتشمل الوظيفة الرئيسية لهذه المجالس الأخيرة توجيه الاعمال الادارية والحكم فى المنازعات Goyard op. cit. p. 55

(٢) Goyard op. cit p. 42

الممولين ضد قرارات الربط غير المباشرة impositions indirectes كما انشئت فى سنة ١٥٥١ محاكم للنقود Cour de monaies للفصل فى القضايا المتعلقة بسك النقود وتجارة الذهب والفضة (١) ، وكان يستأنف أمامها بعض الأحكام الصادرة من محاكم أدنى منها درجة . هذا بخلاف محاكم أخرى تختلف فى اختصاصاتها وتقل فى أهميتها .

غير أن قيام محاكم متخصصه بالفصل فى بعض المسائل الإدارية ، بجوار المحاكم العادية الأخرى المختصه بالفصل فى المسائل المدنية والجنائية ، لم يكن يؤدى – كما اعتقد البعض – إلى قيام قضاء إدارى منفصل ومستقل عن القضاء العادى ، وبالتالى إلى قيام ما نسميه اليوم بالنظام القضائى المزدوج(٢) بل كان كلا النوعين من المحاكم ينتميان إلى نظام قضائى واحد . فقد كانت

---

(١) كان السك فى ذلك الوقت لاتتولاه الدولة بل كانت تعهد به إلى مقاول يسمى fermier ومن ثم كانت تثور المنازعات بين الدولة وبين الملتزم بالسك حول تنفيذ عقد السك .

(٢) يتحقق الازدواج فى النظام القضائى فى الدولة إذا قام بها فرعان أو نظامان قضائيان متوازيان ومنفصلان يستقل كل منهما بمحاكمه من أدنى الدرجات إلى أعلاها دون تبعية أو اشراف من أحدهما على الآخر ، كما هو الحال فى فرنسا إذ يوجد بها قضاء ادارى مستقل بمحاكمه ويعلوها مجلس الدولة وقضاء عادى – مدنى وتجارى وجنائى بمحاكمه المختلفة وتعلوها محكمة النقض . والأمر كذلك فى مصر اذ يوجد بها قضاء ادارى تقف المحكمة الادارية العليا فى قمة محاكمه وقضاء عادى تقف محكمة النقض فى قمة محاكمه . وعادة يقترن قيام الازدواج فى النظام القضائى بانشاء محكمة تنازع الاختصاص لتفصل فى حالات التنازع فى الإختصاص التى تثور بين فرعى القضاء المختلفين . ففى فرنسا انشئت محكمة عليا للتنازع أما فى مصر فان محكمة النقض كانت تتولى الفصل فى حالات التنازع وأصبحت تتولاه الآن المحكمة الدستورية العليا طبقا لقانون انشائها رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩

وعلى عكس النظام القضائى المزدوج يكون النظام القضائى الموحد . اذ يكون القضاء موحدا كلما قامت فى قمة النظام القضائى للدولة محكمة عليا واحدة تتبعها وتخضع لها باقى محاكم الدولة على اختلاف درجاتها وتخصصاتها وبحيث يكون لهذه المحكمة العليا توحيد اتجاهات الحكم والقضاء فى الدولة . ومن الطبيعى أنه فى ظل النظام القضائى الموحد لاتنهض ثمة ضرورات لإنشاء محكمة للتنازع فى الأختصاص (يراجع فى ذلك د . محسن خليل . القضاء الإدارى ورقابته لأعمال الإدارة . طبعة ثانية ص ٨٠ وما بعدها و د. محمد كامل ليله . الرقابة على أعمال الإدارة ص ٢٠١ وما بعدها) .

الأحكام الصادرة من محاكم المسائل الإدارية تستأنف أمام المحاكم الاستئنافية العليا ، والتى كانت تسمى بالبرلمانات ، شأنها فى ذلك شأن الأحكام الصادرة من المحاكم القضائية الأخرى والتى كانت تستأنف بدورها أمام محاكم البرلمانات . وبذلك ينهار الأساس فى القول بقيام قضاء إدارى مستقل عن القضاء العادى ، طالما كانت أحكامها جميعها تستأنف أمام محكمة عليا واحدة ، تستطيع توحيد اتجاه الأحكام بينها ، وتوحيد القواعد الواجبة التطبيق فيها . كما كان يطعن فيها أمام مجلس الملك Conseil du Roi . وهو طعن يماثل الطعن بالنقض دون تفرقة بين أحكام المحاكم المدنية ، أو تلك التى تفصل فى المسائل الإدارية ، وهو إجراء يؤدى بطبيعته إلى وحدة النظام القضائى .

يضاف إلى ذلك أن المبدأ الأساسى فى التنظيم القضائى لم يكن يتفق وفكرة الإزدواج فى النظام القضائى. فقد كان المبدأ هو أن «العدالة مصدرها الملك» toute justice émanait du Roi . فالملك هو القاضى الأعلى ، يملك وحده سلطة القضاء ، وما كانت المحاكم فى ممارستها للوظيفة القضائية إلا ممثلة له ومفوضة من قبله . ومن ثم كانت وحدة القضاء نتيجة تبدو حتمية لوحدة مصدرها الذى تستمد منه وهو الملك .

وبذلك كله كان النظام القضائى للمحاكم يعتبر فى أساسه وفى وسيلة ممارسته نظاماً موحداً ، رغم مظاهر التخصص التى اصطبغت بها بعض المحاكم الإدارية ، كما كان هذا القضاء يمارس استناداً إلى فكرة القضاء المحجوز للملك .

رجال الملك يمارسون القضاء فى المنازعات الادارية :

وفضلا عن المحاكم التى كانت تختص بالفصل فى بعض المنازعات الإدارية ، كان كبار الموظفين من رجال الملك ، وهم المراقبون المنفذون للسلطة الملكية ، يجمعون بين وظائفهم الإدارية البحتة وبين اختصاصات قضائية ، وكان يطلق عليهم اسم les Intendants de police, justice, finances وهو اسم يعبر بذاته

عما كانوا يملكونه من اختصاصات فى الضبط والقضاء والمالية (١) وكانوا يتلقون من الملك اختصاصات قضائية حقه (٢) فى الحكم فى الدعاوى الناشئة عن مباشرتهم أو مرءوسيهم لوظائفهم الإدارية ، بل وكانوا يمنحون اختصاصاً فى بعض المسائل المدنية والجنائية . وكانت الأحكام الصادرة من هؤلاء المراقبين تقبل الطعن عليها أمام مجلس الملك (٣) .

ورغم أن نظام المراقبين ونظام مجلس الملك يشكلان من الناحية القانونية نظامين متغايرين، الا أنهما من الناحية السياسية كانا يشكلان فى الواقع جهازاً واحداً متخصصاً فى مباشرة نصيب من قضاء النشاط الإدارى (٤) .

وهكذا فانه فى ظل وحدة السلطة التى تميز بها النظام الملكى ، واستناداً إلى فكرة القضاء المحجوز للملك ، وزعت الاختصاصات القضائية فى المنازعات الإدارية ، بين محاكم تقف على رأسها محاكم البرلمانات التى يقبل الطعن فى أحكامها أمام مجلس الملك ، وبين المراقبين من رجال الإدارة

---

(١) يرى البعض أن منح هؤلاء الرجال الإداريين اختصاصا قضائيا فى بعض المسائل الإدارية يعتبر المصدر الحقيقى للقضاء الإدارى فى فرنسا

Waline. Droit Administratif 9ed p. 21 et suiv.

(٢) كانت وظائف هؤلاء المراقبين وسيلة من وسائل ملوك فرنسا ووزرائهم لتركيز السلطتين الإدارية والقضائية فكان هؤلاء المراقبون يمثلون التاج فى الأقاليم المختلفة وينتزعون بالتدريج لحسابه السلطة فى شئون القضاء والادارة والمال (د . عثمان خليل . عهود القانون الإدارى فى فرنسا . مجلس الدولة العدد الأول ص ١٨٠) . كذلك يقول ان ريشيليو وزير لويس الثالث عشر ابتدع نظام هؤلاء المراقبين ينتدبهم الملك من بين أعضاء مجلس التاج تمثيله بالأقاليم وللاشراف على شئون القضاء والضبط والمالية وكانت هذه الوظائف خطوة جدية فى سبيل تركيز فرنسا وتحقيق وحدتها فى عهد كان فيه النظام الإقطاعى سائدا . ولذلك عمدت الملكية إلى توسيع اختصاصات هؤلاء المراقبين حتى أصبحوا موظفين مركزيين عظيمى الشأن بالأقاليم وحتى تكونت لهم سلطة قضائية فى الشئون الإدارية بل واتسعت دائرة هذا الاختصاص القضائى إلى حد كبير جدا (مؤلفه فى مجلس الدولة ورقابة القضاء الإدارى لأعمال الإدارة الطبعة الخامسة ص١٢) .

(٣) Bonnard. Précis de droit adminstratif 1935 p. 110

(٤) Goyard op. cit p. 51 et suiv.

الذين يطعن في أحكامهم هي الأخرى أمام مجلس الملك . وبذلك أصبح الاختصاص بالفصل في المنازعات الإدارية مشتركاً بين المحاكم والمراقبين مما أدى إلى الخلط بين الوظائف الإدارية والقضائية ، وعدم الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية ، إذ تداخلت هذه الهيئات وتشابكت في بعض وظائفها ، حتى أن الهيئة الإدارية - ممثلة في المراقبين - كانت تمارس وظيفة القضاء ، كما كانت المحاكم تقضي في منازعات الإدارة بل وتتصدى للعمل الإداري على ما سوف نرى ، وبذلك انعدم كل مظهر للفصل بين الوظائف أو الهيئات الإدارية والقضائية .

غير أنه مع تطور العلاقات السياسية بين محاكم البرلمانات والسلطة الملكية ، وانحدارها نحو السوء في القرن ١٧ ، ثم تدهورها في القرن ١٨ ، بدأ تسخير فكرة القضاء المحجوز وإعمالها نحو تنحية الهيئات القضائية تدريجياً عن نظر المنازعات الإدارية . وبهذا ظهر مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية في أول أشكاله ومفاهيمه .

المبحث الثاني

إعمال الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية

التنازع في الاختصاص والصراع بين محاكم البرلمانات والسلطة الملكية :

لم تكن محاكم البرلمانات لتنظر بعين الرضى إلى إنشاء وتعدد المحاكم المتخصصه في المسائل الادارية ، وإلى منح المراقبين اختصاصات قضائية ، وكان قضاة محاكم البرلمانات تفقدون باسناد هذه الاختصاصات إلى هؤلاء وأولئك قضاء ضخماً يؤثر في دخولهم الوظيفية التي كانت تتحدد على أساس عدد وأهمية المنازعات التي يفصلون فيها دون أن تأخذ شكل المرتب الثابت . ولهذا كانت كل حالة يسند فيها الملك إلى المراقبين اختصاصاً قضائياً جديداً ، تنعكس بآثار سيئة على الدخول الوظيفية لقضاة محاكم البرلمانات .

كذلك كان من شأن الاشتراك في الاختصاصات أن يقوم التنازع حولها . ولهذا قام المتنازع بين محاكم البرلمانات وبين المراقبين حول مسائل

الاختصاص ولا سيما أن النصوص التي كانت تحددها لم تكن واضحة دائماً مما كان يثير الجدل والاضطراب والتناقض بين الأحكام في المسألة الواحدة . وكان الملك دفاعاً عن الأحكام الصادرة من رجاله ، يحيل الدعوى إلى مجلسه مما يزيد في حنق محاكم البرلمانات .

وبدأت مقاومة محاكم البرلمانات ضد السلطة الملكية تشب في كل مجال ، فبالنسبة للسلطة التشريعية للملك ، أخذت تلك المحاكم ترفض أحياناً إجراءات التسجيل enregistrement وهي بمثابة قيد القوانين والأوامر الملكية في سجل كل محكمة برلمان ، وهو قيد لم يكن له من أثر من حيث المبدأ في وقت لم تكن تصدر فيه أية جريدة رسمية ، الا أن يكون وسيلة لنشر القوانين والقرارات الملكية، وكانت محاكم البرلمانات تدعى لنفسها حقاً في نصح الملك ، ورفض القيد كلما رأت في الأمر ما لا يروق لها . وكان الملك يكسر هذه المقاومة بإجراء مضاد ، فيتم القيد . ومع ذلك فلم تكن المشكلة قانونية بقدر ما كانت في أساسها سياسية .

ولم تكن محاكم البرلمانات أقل عدواناً في مجالات الإدارة والنشاط الإداري ، إذ لم تقف عند وظيفتها في الفصل في المنازعات الناشئة عن النشاط الإداري ، وإنما ادعت لنفسها حقاً في ممارسة سلطة توجيه المراقبين ، وإصدار الأوامر إليهم ، ووقف تنفيذ الأعمال الادارية . وبذلك ظهرت هذه المحاكم وكأنها تعطي الأوامر لرجال الملك . وبلغت مقاومة تلك المحاكم ذروتها ، عندما حاول كبار وزراء الملك لويس الخامس عشر تحقيق إصلاحات كانت كل فرنسا تستشعر ضرورتها ، فقد نجحت مدفوعة بنزعات الدفاع عن ميزاتها ، وتحت ستار من التظاهر بعبارات الحرية ، في منع تلك الإصلاحات (١) .

وهكذا أصبحت تلك المحاكم في السنوات العشر الأخيرة من الملكية جمعيات سياسية ، تعمل على فرض رقابتها على السلطة الحاكمة ، بممارسة

(١) Bounard op. cit. p. 111, Waline op. cit p. 24

أعمال التوجيه واصدار الأوامر ، كما تعمل على عرقلة نشاط السلطة الحاكمة برفض الاصلاحات المقدمة منها . وهكذا اصطبغت مشكلة الرقابة القضائية بصبغة سياسية (١).

تدابير السلطة الحاكمة فى الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية :

ولم تكن السلطة الحاكمة لتقف مكتوفة أمام طغيان محاكم البرلمانات وتغولها بالإختصاصات ، إذ بدأت تباشر سلطتها على كل الجهات المكلفة بالقضاء ، لتحجب عنها أى اختصاص فى رقابة القرارات الملكية. وأخذ مجلس الملك ينقض أحكام المحاكم « لضمان استقلال الإدارات العامة إزاء الجهات القضائية وحتى يحول دون اختصام التاج “ qu'on ne mette la couronne en greff وتوالت قرارات الملك إعمالا لسلطته فى القضاء المحجوز ، تنزع من المحاكم اختصاص النظر فى الدعاوى التى تمس مصالح الدولة ليسندها بصفة خاصة إلى المراقبين ، وأصبحت محاكم البرلمانات معزولة عن نظر الدعاوى التى تختصم فيها القرارات الإدارية . وكانت العبرة فى تحديد هذه القرارات بالغرض الذى استهدفه مصدرها ، فكلما استهدف مصلحة للدولة ، اعتبر قراره إدارياً ينبغى إبعاد المنازعة فيه من اختصاص محاكم البرلمانات ، رعاية لمصلحة الدولة .

وقد أعلنت هذه المبادىء فى مرسوم فبراير سنة ١٦٤١ الذى نص على «ضرورة تحديد سلطات الهيئات القضائية ، وفصلها عن النشاط الإدارى ، وحتى لا يتعرض أى عمل اتخذ لخير الشعب لاحداث آثار عكسية ، وهو ما يحدث لو أن القضاة بدلا من أن يقفوا بسلطتهم كقضاة فى حياة الناس وأموال الرعايا ، عمدوا إلى التعدى على حكومة الدولة التى لا تتبع الا الملك » (٢) . وكانت هذه هى القاعدة الأساسية التى كان

---

(١) Vedel op. cit. p. 63 et goyard op cit p. 58

(٢) La necessité de delimiter les pouvoirs de l'autorité judiciare et de la separer de l'action adminsistrative, afin qu'une chose qui est etablie pour le bien des peuples ne produise des effets contraires comme il arrivera si les officiers au lieu de se contenter de cette puissance qui les rend Juges de la vie de l'homme et des fortunes de nos sujets volaient entre-eprendre sur le gonernement de l'Etat qui n'appartient qu'au Prince”

يستند اليها مجلس الملك فى الفصل فى حالات التنازع فى الاختصاص التى كانت تثور بين البرلمانات والمراقبين .

ولم يقف الأمر فى الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية عند حد منع هذه الأخيرة من النظر فى المنازعات المتعلقة بالنشاط الإدارى ، بل امتد المنع كذلك إلى تفسير القرارات الصادرة من رجال الإدارة أو السلطة الملكية ولو كان ذلك بقصد تطبيقها فى المنازعات المطروحة أمامها والتى تدخل فى اختصاصها . وصدر بهذا الحظر قرار فى سنة ١٦٦٧ مكملا لمرسوم ١٦٤١

وهكذا شهدت الملكية فى أواخر عهدها فى النظام القديم قبل الثورة ، تحولا عزلت فيه المحاكم العليا للقانون العام عن نظر المنازعات الإدارية ، لتصبح الهيئات الادارية هى قاضية هذه المنازعات المتعلقة بنشاطها ، وصار للمراقبين امتياز هذا القضاء (١) .

طبيعة الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية :

ولم يكن الفصل الذى تم على النحو وفى الحدود المتقدمة بين الهيئات الإدارية والقضائية تطبيقاً لأى مبدأ من مبادىء الحكم أو القضاء .

فقد تم هذا الفصل استقلالا عن مبدأ الفصل بين السلطات Separation des pouvoirs الذى لم يكن قد عرف بعد فى ذلك العهد فى فرنسا .

كما تم استقلالا عن مبدأ الفصل بين الوظائف الإدارية والقضائية ، بل وعلى العكس تم مناقضاً لذلك المبدأ ، ما دام المديرون قد خولوا وظائف قضائية بالاضافة إلى وظائفهم الإدارية ، فجمعوا بذلك بين الوظيفتين .

---

(١) ويرى أبليتون أن الملكية كانت تعمل منذ عدة قرون على تغليب مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية . وكانت الإنشاءات المتتابعة لغرف المحاسبات والمساعدات ومكاتب المالية والاختصاصات القضائية الممنوحة لمجلس الملك وتطوير قضاء المراقبين كل ذلك يسجل الخطوات الرئيسية فى ذلك الصراع الكبير

Appleton Traité élémentaire de contentieux administratif 1927 p. 19

ولهذا كانت قاعدة الفصل المذكورة بعيدة عن أن تستند فى أساسها إلى أية أصول قانونية ، مجرد قاعدة عملية ، أوحت بها اعتبارات العلاقات المتصارعة التى كانت قائمة بين الهيئات الإدارية والقضائية ، والتى طبعت مشكلة الرقابة القضائية على النشاط الإدارى ، وهى مشكلة قانونية ، بطابع سياسى ، وبدا فى ضوئها أن إيقاع الفصل بين هذه الهيئات المتصارعة علاج للمشكلة ، فتنفصل الهيئات الإدارية بقضاء نشاطها الإدارى ، بعيداً عن تسلط أو تداخل الهيئات القضائية .

وإذا كانت قاعدة الفصل قد حسمت ذلك الصراع بين الهيئات الإدارية والقضائية لصالح الهيئات الإدارية ، فانها أغفلت مصلحة طرف آخر فى هذا الصراع ، أو ضحية هذا الصراع ، وهو الفرد المدعى دائماً فى كل خصومه إدارية ، فقد أدت قاعدة الفصل المذكورة إلى حرمانه من قاضيه الطبيعى — المحاكم — وإلقائه ودعواه بين يدى رجال الإدارة خصومه ، ليكونوا حماته وقضاته .

ومع ذلك فقد تمخضت قاعدة الفصل عن نتيجة بالغة الأهمية نكتفى بالاشارة اليها قبل الانتقال من الحديث عن عهد ما قبل الثورة الفرنسية . فقد كان من شأن الفصل بين الهيئات المذكورة أن انقسم القضاء — كوظيفة — إلى قسمين كبيرين ، لكل منهما جهة تختص بممارسته . قضاء المنازعات الخاصه والجنائية وتتولاه المحاكم ، والقضاء الإدارى بمعناه الواسع الذى يضم كل منازعات النشاط الإدارى ويتولاه المراقبون . ولعل هذا التقسيم كان المصدر الحقيقى والبعيد لقيام قضاء إدارى مستقل فى فرنسا (١) .

---

(١) Waline op. cit. p.21 et Goyard op. cit. p. 60

الفصل الثانى

إقرار المبدأ بعد الثورة الفرنسية
كأسلوب للفصل بين القضاء الادارى والمحاكم القضائية

المبحث الأول

تطبيق المبدأ كوسيلة لحماية الإدارة العاملة

اقرار قاعدة الفصل بين الهيئات :

رغم أن الثورة الفرنسية — حين قامت — قوضت بمبادئها الجديدة كل نظم الملكية السابقة السياسية والإجتماعية والاقتصادية ، فى محاولة لنهضة شاملة بالبلاد ، فإنها على العكس لم تجد ما يحملها إلى تقويض قاعدة الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية . فقد كان الشعور العام السياسى معبأ بعــدم الارتياح إزاء الجهات القضائية ، وكانت لا تزال عالقة فى الأذهان ذكرى محاكم البرلمانات فى صراعها مع السلطة ، وافتئاتها على الادارة ، ومقاومتها تحت شعارات زائفة من الحرية والتقدم لكل إصلاحات حيوية فى البلاد . وكان رجال الثورة يتنازعهم الخوف والشك فى أن تعيد المحاكم سيرتها الأولى تلك ، فتعاود الصراع مع الهيئات الإدارية ، وافزاع الأعمال الإدارية بما من شأنه أن يعرض للخطر الأعمال الجديدة التى تتولاها الثورة . ولم يكن رجال الثورة ليتصورون أن تتعثر الثورة بتدخل هؤلاء القضاة hommes de robes .

كل هذه المخاوف ، حثت أعضاء الجمعية الوطنية التأسيسية على إتمام العمل الذى بدأته الملكية السابقة فى عزل البرلمانات عن قضاء النشاط الإدارى ، وساعدها على ذلك أن تلك المحاكم كانت موضع كراهية الشعب ، فقد كانت من مخلفات النظام الإقطاعى البغيض وبقية لامتيازات الامراء

على حساب الشعب(١)فكان من أول القرارات التى اتخذتها الجمعية هو إلغاء تلك البرلمانات . وفى الوقت ذاته فإنه لتجنب قيام تصادم بين المحاكم التى حلت محلها فى التنظيم القضائى الجديد وبين الإدارة العاملة — وهو صدام كان ينظر اليه باعتباره ضد المصلحة العامة — فقد قضى قانون التنظيم القضائى الصادر فى ١٦ — ٢٤ أغسطس سنة ١٧٩٠ فى المادة ١٣ من الباب الثانى بأن الوظائف القضائية مستقلة وتستمر منفصلة عن الوظائف الإدارية وبلغ القانون فى تأكيد هذا الفصل حداً اعتبر فيه تعرض القضاة بأية صورة كانت لأعمال الجهات الإدارية ، جريمة معاقباً عليها (٢) . وقد أخذت قاعدة الفصل هذه بين الهيئات الإدارية والقضائية طابعاً جديداً فى هذا الوقت إذ بدت بعد ظهور مبدأ الفصل بين السلطات الذى كان يمثل فلسفة الحكم الجديدة التى نادى بها مونتسكيو فى كتابه «روح القوانين» ، بدت وكأنها تطبيق لهذا المبدأ الذى كان من تصوراته حصر الوظيفة القضائية فى نطاق الفصل فى المنازعات بين الأفراد وإقامة العدالة الجنائية .

وهكذا فانه بإقرار قاعدة الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية أصابت الجمعية التأسيسية هدفين بحجر واحد . فقد حققت هدفها فى الحيلولة دون العودة إلى التعسف الذى ظهر فى نهاية الملكية السابقة على يد محاكم البرلمانات، وفى الوقت ذاته أخذت بالفلسفة الجديدة لنظام الحكم القائم على الفصل بين السلطات .

ثم تجدد النص على حظر تدخل القضاء فى أعمال الإدارة فى التشريعات المتتالية . فقد نص فى قانون ٧ — ١٤ اكتوبر سنة ١٧٩٠ على أنه «لا يجوز

---

(١) د . عثمان خليل . مقاله السابق ص ١٨١

Bounard op cit p. 111

(٢) Les fonctions judiciares sont et demeureront toujours separés de fonctions adminstratives, les juges nes pourront à peine de forfature troubler de quelque manière que ce soit les operations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions".

إحالة أى رجل من رجال الادارة إلى المحاكم بسبب وظيفته العامة ، إلا إذا أحيل بمعرفة السلطة العليا ووفقاً للقانون» (١) ثم فى مرسوم السنة الثالثة نص على أن «يحظر مشدداً على المحاكم النظر فى القرارات الإدارية فى أية دعوى كانت » (٢) ثم فى دستور سنة ١٧٩٠ نص على انه «لا يجوز للمحاكم التصدى للوظائف الإدارية ، أو استدعاء رجال الادارة أمامهم بسبب وظائفهم (٣) .

و كانت هذه التشريعات موجهة فى حقيقتها ضد القضاء ، مصطبغة بروح العداء السياسى التى قامت حوله . وهذا يفسر أن هذه المعاداة التى ارتبطت بظروفها ، قد اختفت بعد عدة سنوات اندثرت خلالها ذكرى البرلمانات السابقة ، وعاد المشرع الذى أعلن قاعدة الفصل بين الهيئات حرباً على القضاء ، يعترف لهذا القضاء بصفته كحام لحقوق الانسان والمواطن (٤) .

مفهوم وآثار قاعدة الفصل بين الطبقات :

إذا كان أول قانون صدر غداة الثورة مقرراً قاعدة الفصل المذكورة قد استخدم عبارات «الوظائف الإدارية والوظائف القضائية » ، وتبعته فى ذلك التشريعات التالية التى

---

(١) Aucun administrateur ne peut être traduit devant les tribunaux pour raison de ses fonctions publiques à moins qu'il n'y ai été renvoyé par l'autorité supérieure conformement aux lois.

(٢) Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espéce qu'ils soient aux peines de droit

(٣) Les tribunaux ne peuvent entreprendre sur les fonctions adminis tratives ou citer devant eux les adminiitrateurs pour raison de leurs fonctions

(٤) Duez et Debeyre. Traité de droit adminstratif 1952 p. 235, Laubadére Traité élementaire de droit adminstratif 1970 p. 344, Waline op. cit. p. 25, Goyard op. cit p. 78

أخذت بدورها تتكلم عن «المحاكم» وعن «الوظائف الإدارية» على النحو السابق بيانه ، الا أنه من غير المتنازع فيه أن تلك العبارات كانت تنصرف إلى الهيئات الادارية والقضائية ، وأن تلك النصوص كانت تؤكد قاعدة الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية التى عرفت فى النظام الملكى السابق (١).

ومع أن ظاهر القاعدة يطوى مفهوماً مزدوجاً من حيث الفصل المتبادل بين الهيئات الإدارية والقضائية ، بمعنى أنه كما لا يجوز للقضاء التدخل فى أعمال الإدارة ، فانه لا يجوز كذلك للادارة التدخل فى أعمال القضاء ، إلا أنه نظراً لأن تلك القاعدة كانت فى أساسها قيداً قصد به تكبيل المحاكم ، فإن مفهوم القاعدة بآثارها ارتبط بالوجه الأول منها المتعلق بالحظر الموجه إلى القضاء ، بأكثر مما ارتبط بالوجه الآخر ، ونالت الإدارة من الحماية ضد القضاء ، بأكثر مما نال القضاء من الحماية ضد الإدارة(٢) .

وتطبيقاً لتلك القاعدة كان يمتنع على المحاكم التدخل فى الوظائف الإدارية أو ممارسة أعمالها كإصدار اللوائح ، أو اعطاء أوامر إلى الموظفين الاداريين أو إدانة الإدارة فى شىء ، لأن هذه الادانة تنطوى ضرورة على أمرها بشىء . ومن ناحية أخرى كان محظوراً على المحاكم تقدير مشروعية القرارات الإدارية ، أو تقدير السلوك الإدارى فى أية دعوى تكون مطروحه أمامها ، لأن هذا التقدير وذلك يعتبر تعرضاً لأعمال الجهات الادارية (٣) .

---

(١) Goyard op. cit p. 78,

(٢) وفى ذلك يقول هريو أن الاهتمام كان واضحا لا نحو اقامة توزيع متكافىء بين الهيئتين ولكن نحو حماية السلطة التنفيذية . ومن ناحية أخرى فقد وضعت فى الظل حقوق الهيئة القضائية .
Hauriou op. cit-p. 945

(٣) يقول هريو أن الحظر الأول – الخاص بمنع تدخل القضاء فى الوظائف الإدارية – أدى إلى الفصل بين الوظائف الإدارية والقضائية . وهو قول محل نظر لأنه إذا كان صحيحاً فى جانب القضاء فإنه ليس صحيحاً فى جانب الادارة التى نيط بها وظيفة قضاء النشاط الإدارى فجمعت بذلك بين الوظيفتين . كذلك يقول الفقيه أن الحظر الثانى – الخاص بمنع القضاء من الفصل فى دعاوى النشاط الإدارى – أدى الى فصل القضاء الإدارى عن القضاء العادى وكان من أثره انشاء قضاء ادارى مستقل تماماً عن القضاء العادى .
Hauriou. Précis de droit administratif 11ed p. 945.

كذلك لا يسأل الموظفون الإداريون عن أعمالهم أمام المحاكم ما لم تسمح الهيئات الإدارية التى يتبعونها بمحاكمتهم وفقاً للقانون .

وبالحياء والحياد الذى أظهره قضاة ذلك العصر، اتسعت فكرة القرار الإدارى مستندة إلى المعيار الشكلى ، حتى شملت كل الأعمال التى تنفذ بأمر من الحكومة ، أو أحد رجالها المباشرين ، أو بأموال مستمدة من الخزانة العامة . كما اتسعت فكرة الحظر المفروض على المحاكم ، فلم تقف عند حد تقدير مشروعية تلك القرارات ، بل امتدت كذلك إلى تفسيرها ولو كان هذا التفسير لازماً للفصل فى أية خصومة بين الأفراد ، إذ كان يتعين فى هذه الحالة الإحالة إلى الجهة الإدارية ، ويكون تفسيرها عندئذ ملزماً (١) .

كذلك شمل الحظر دعاوى العقود التى تبرمها الإدارة ، والتعويضات التى تترتب بسبب إدارتها للمرافق العامة . وكان الأمر فى هذا الشأن يبدو متطرفاً ، لأن سلطة رجال الإدارة – وهى مدار الحماية – لا تكون محلا للخصومة الا فى حالة إصدار أوامر أو نواه . ولا تكون كذلك فى حالة التصرفات التعاقدية أو القيام بالأعمال المادية كالتى تصدر من الأفراد فى إدارة أعمالهم الخاصة(٢) .

وعلى هذا النحو حققت قاعدة الفصل تقلصاً فى وظيفة الهيئة القضائية ، وحصرها وفقاً لنظرية مونتسكيو فى وظيفة الفصل فى «الجرائم والمنازعات بين الأفراد» . وكانت وسيلة حماية استقلال النشاط الإدارى إزاء الهيئات القضائية ، وبالأحرى كانت قاعدة الفصل هى قاعدة استقلال الهيئات الإدارية إزاء الهيئات القضائية (٣) .

---

(١) Duez et Debyre op cit p. 236, Waline op cit p. 26

(٢) Berthclemy. Traité de droit administratif 6 ed 1910 p. 18

(٣) Goyard op cit p. 47.

على أن هذا الاستقلال لا ينبغى أن يحجب حقيقة المعنى السياسى الذى يستفاد من إيثار الهيئة الإدارية — نتيجة لذلك المبدأ — بجزء من سلطة القضاء — فى المنازعات الخاصة بها — مثلما استأثرت بالسلطة اللائحية بجزء من سلطة التشريع (١) .

قاعدة الفصل بين السلطات وقاعدة الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية :

ذهب البعض إلى أن إقرار الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية من جانب رجال الثورة الفرنسية ، لم يكن الا تفسيراً وتعبيراً عن مبدأ الفصل بين السلطات seperation des pouvoirs (٢) ، وأن القضاء فى المنازعات الإدارية عمل من أعمال الإدارة ، فمن يقضى فإنما يدير كذلك que juger c'est encore administrer ، وأن الحكم الصادر من القاضى كالقرار الصادر من رجل الإدارة ، كلاهما ليس إلا تطبيقاً للقانون فى حالة محددة ، بل لقد ذهب البعض إلى أنه لا يوجد فى الدولة إلا سلطتان ، تلك التى تضع القانون وتلك التى تطبقه . ولهذا كان منطقياً فى نظر البعض وتطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات ، ليس استبعاد القضاء الإدارى من اختصاص المحاكم القضائية فحسب ، بل وإسناده للادارة العاملة (٣) . ولقد بلغ

---

(١) Hauriou op. cit p. 946 Appleton op cit 23

(٢) Dclaubadère op cit 345

وبالعكس فان رجال الثورة خالفوا هذا المبدأ لأنهم وقد منعوا القضاة من التدخل فى أعمال الإدارة لم يمنعوا الادارة من مباشرة قسط من وظيفة القضاء وهو القسط الخاص بالخصومات الإدارية (د. عثمان خليل مجلس الدولة ورقابة القضاء الإدارى لأعمال الادارة ص ٢٤

(٣) Jaquelin : Les principes dominants du contentieux adminstratif 1899

Artur : Separation des pouvoirs et separation des focctions RD P.1905.

مشار اليها فى Ducz et Debeyre op. ciit. p. 237 . ومن هذا الرأى كذلك Ducrocq اذ يذهب الى أنه لاتوجد فى الدولة إلا سلطتان تشريعية وتنفيذية وأن السلطة التنفيذية تنقسم الى ثلاثة فروع الحكومة والادارة والقضاء . فالقضاء فرع من فروع السلطة التنفيذية لايختلط بفروعها الأخرى. وهو والادارة فرعان متوازين ومتميزان داخل السلطة التنفيذية . وأن مبدأ الفصل بين السلطات ليؤكد استقلال الإدارة عن القضاء .

الخلط بين المبدأين حداً ذهب فيه بعض الكتاب إلى استخدام صياغات توفق بينهما ، واعتبار الفصل بين الهيئات «أثراً خاصاً للفصل بين السلطات أو «أسلوباً لتصور الفصل بين السلطات» أو «تفسيراً أفرنسياً للفصل بين السلطات» ، أو «طريقة لتطبيق الفصل بين السلطات» ، رغم أن للمبدأين أهدافاً وآثاراً متناقضة وليس من وجه شبه يجمع بينهما الا أن كلاهما يبدأ بعبارة «الفصل»(١) .

فمبدأ الفصل بين السلطات مبدأ سياسى ، قصد به عدم تركيز السلطة فى الدولة فى يد هيئة واحدة تستبد بها وتطغى ، وتوزيعها على هيئات منفصلة تستقل كل منهما عن الأخرى ، منعاً للتحكم والاستبداد ، وصيانة للحقوق والحريات . أما مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية فيقوم على عزل الهيئات القضائية عن نظر المنازعات المتعلقة بالهيئات الإدارية . وعلى ذلك فانه إذا كان مبدأ الفصل بين السلطات يحمى الفرد من تعسف الدولة ، فان مبدأ الفصل بين الهيئات يحمى الإدارة من رقابة القضاء . (٢) كذلك فان مبدأ الفصل بين السلطات يقسم الوظائف المختلفة بين سلطات متعددة ، لكل منها وظيفة تختص بها ، بينما يقسم مبدأ الفصل بين الهيئات ، الوظيفة الواحدة وهى الوظيفة القضائية بين الهيئات الإدارية والقضائية . ذلك أنه بعد أن انتزع قضاء النشاط الادارى من اختصاص المحاكم القضائية، أسند هذا القضاء — وعلى النحو الذى سنورده حالا — إلى الهيئات الإدارية . وبهـــذا وزعت الوظيفة القضائية بين الهيئات الإدارية الهيئات القضائية لكل منها نصيب فيها .

ومع هذا الاختلاف بين المبدأين ، فانه مما يؤكد عدم الارتباط بينهما انه فى فرنسا عرف مبدأ الفصل بين الهيئات فى النظام الملكى الذى قام

Ducrocq : Cours de droit administratif p. 31 =

وفى هذا المعنى كذلك Berthelemy op cit. p. 14

(١) Goyard op. cit 70

(٢) Appleton op. cit. p. 17

على مبدأ وحدة السلطه ، و فى وقت لم يكن قد تألق فيه مبدأ الفصل بين السلطات . وبالعكس تماماً فى انجلترا والولايات المتحدة ، حيث ينكرون مبدأ الفصل بين الهيئات ، رغم قيام النظام الدستورى على أساس الفصل بين السلطات (١)

المبحث الثانى

الخلط بين الإدارة العاملة والإدارة القاضية

الادارة القاضية :

وإذا كانت المحاكم القضائية قد حجبت عن ممارسة قضاء النشاط الادارى ، فكيف اذن أمكن تنظيم هذا القضاء ؟

لم تكن الجمعية التأسيسيةلتدرك فائدة إنشاء محاكم إدارية تتولى القضاء الإدارى ، وعلى العكس كان هذا الانشاء يعتبر تعقيداً غير مفيد ، فى الوقت الذى كان يراد فيه تيسير العمل الادارى (٢) . وكانت الصورة التى بدت ميسرة فى ذلك الوقت ، هى إسناد ذلك القضاء إلى الهيئة الادارية ذاتها ، يمارس فى أحضانها ، وعلى يدى رجالها العاملين . (٣) وقد عرف هذا النظام بنظام الادارة القاضية (٤) Administratif juge

(١) و فى ذلك يقول فيدل أنه لا التاريخ ولا القانون المعاصر يؤكد أن مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية كان مرتبطا بمبدأ الفصل بين السلطات Vedel op.cit p.61 وفى هذا المعنى أيضا
Bretton L'autorite judiciaire gardienne des libertés essentielles 1965 p. 18

(٢) Appleton op. cit. p. 85.

(٣) فكان على الفرد أن يتوجه بدعواه إلى الجمعيات المنتخبة التى كانت تتولى ادارة المرافق العامة أو مجالس الإدارات التى كانت تتولى إدارة الأقاليم . وبمقتضى قانون ٧ / ١٤ اكتوبر سنة ١٧٩٠ ودستور سنة ١٧٩١ كان رئيس الدولة يمارس بواسطة مجلس وزرائه اختصاصات قاضى مجاوزة السلطة أحيانا وقاضى النقض بالنسبة لمديرى الأقاليم . ثم فى دستور السنة الثالثة نقلت اختصاصات مجلس الوزراء إلى كل وزير بالنسبة الى وزارته
Appleton op cit p. 85 Walinc op cit p. 27. Berthlelmy op cit p. 15.

(٤) هذا النظام وعلى ماسنرى هو الذى تحول بخطوات الى نظام قضاء ادارى
De Laubadère, op cit p. 344

وكان هذا النظام الذى يبدو اليوم شاذاً ومستغرباً يجد أساسه فى عدة اعتبارات تعززه وتساند قيامه ، فهو من ناحية نظام كان يعتبر متفقاً مع مبدأ الفصل بين السلطات الذى كان يؤدى إلى استقلال الإدارة عن القضاء . ومن ناحية ثانية كان يجد مبرره فى فكرة قانونية متعلقة بطبيعة القضاء الإدارى ذاته ، فكرة مقتضاها أن القضاء فى الأعمال الإدارية هو نوع من الأعمال الإدارية juge l'adminstration c'est aussi administrer وأخيراً فان ذلك النظام كان يتسم — فى نظرهم — بالواقعية والملاءمة ، لأن الأذهان كانت تحتفظ فى ذلك الوقت بذكريات طيبة عن نظام المراقبين القضاة les intendants الذين مارسوا فى النظام الملكى السابق اختصاصات القضاء الإدارى . (١)

ومع وضوح الخطأ فى إسناد ذلك النظام إلى المبدأ الدستورى المتعلق بالفصل بين السلطات — وهو ما سبق بيانه — (٢) أو إلى الفكرة المتعلقة بطبيعة القضاء فى المسائل الإدارية — لاختلاف الوظيفة القضائية عن الوظيفة الإدارية — فان من أظهر عيوب ذلك النظام وأخطرها ، أنه مكن للهيئة الإدارية الجمع بين وظيفتها الإدارية وجزء من وظيفة القضاء — القضاء فى المنازعات الإدارية — وأدى إلى الخلط بين الإدارة العاملة والإدارة القاضية . ومن السهل إدراك أنه حين تنهض الإدارة خصماً وحكماً ، فان ذلك لا يقدم للفرد إلا حياداً ضعيفاً ، وضماناً أضعف ، ولا ريب أن التزام الإدارة القاضية بالقواعد القانونية لا يعادل التزام القاضى بها (٣) .

مجلس الدولة والوزير المفوض :

وقد شهد أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن

---

(١) De Laubadere op cit. p. 346.

(٢) ويرى برنارد أن نظام الإدارة القاضية لايتفق ومبدأ الفصل بين السلطات وأن قيام الإدارة بالوظيفة القضائية هومخالفة لذلك المبدأ فى أحد تطبيقاته الذى لايثور فيه خلاف Bonnard op-cit p. 112.

(٣) Appleton op. cit. p. 85 waline op. cit p. 27

التاسع عشر تعديلات هامة فى ذلك النظام تمت بدستور السنة الثامنة على يد بونابرت ، ولم تؤد بطبيعة الحال إلى إلغاء مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية ، أو تعديل مفهومه الذى مال إليه فى ذلك الوقت . فلم يكن هناك من يقر أن هؤلاء الرجال الذين ينفذون أوامر بونابرت كالمديرين مثلا ، يمكن أن تخضع أعمالهم لرقابة «ايديولوجية» من المحاكم . ولكن تلك التعديلات كانت تضع فى الاعتبار تهدئة مراجل الغضب والاستجابة إلى بعض المطالب العادلة للافراد . (١) وكانت ذات شقين :

فمن ناحية تم إنشاء مجموعة من المحاكم الادارية متميزة عن الادارة العاملة ، تتمتع بالقضاء المفوض ، وتصدر أحكاماً حقيقية ، ولكنها لا تملك إلا اختصاصاً ضيقاً ومحدوداً بالقانون فى أنواع معينة من المنازعات الإدارية. وبانشاء هذه المحاكم ، تأثر المفهوم المطلق لقاعدة الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية لصالح الاختصاص القضائى (٢) .

ومن ناحية أخرى أنشئت بجوار الادارة العاملة Adminstration active إدارة استشارية Administration cousultation وهى مجلس الدولة ومجالس الأقاليم . وكان لمجلس الدولة اختصاص مزدوج . فهو من ناحية المستشار القانونى للحكومة ، يصيغ لها القوانين ، ويبدى الرأى والمشورة

---

(١) Waline op. cit. p. 28

(٢) رغم ما فى هذا الاصلاح من اتجاه نحو استقلال نسبى للقضاء قبل الادارة بعد ما كان من استقلال مطلق للادارة قبل القضاء فان انشاء تلك المحاكم لم يكن يقدم بدوره الا ضمانة ضعيفة للافراد . اذ كانت تشكل من قضاة يمارسون فى ذلك الوقت الوظيفة الإدارية . فهم مستشارو المدير أحياناً وقضاة أحياناً أخرى. ولهذا لم يكن هذا التشكيل ليضمن بطبيعته استقلال تلك المحاكم فى الوقت الذى كان يرأسها المدير waline op cit p. 22 Duez et Debeyre 237 يضاف الى ذلك أن أحكام هذه المحاكم كانت تخضع للاستئناف أو النقض أمام مجلس الدولة وبالتالى لرئيس الدولة الذى كان يتولى سلطة التصديق على أعمال ذلك المجلس. يراجع فى ذلك اختصاصات هذه المحاكم
Auby & Drago. Traité de contentieux administratif 1962 t 111 p. 149

فى المسائل القانونية التى تعترضها خلال ممارستها لوظائفها . ومن ناحية أخرى عهد اليه بدور فى قضاء المنازعات الإدارية . نقول بدور فى ذلك القضاء لأنه لم يكن يملك سلطة القضاء أو إصدار الأحكام وإنما يقتصر دوره على البحث وإبداء الرأى فى تلك المنازعات وإعداد مشروعات المراسيم القضائية – الأحكام – التى تعرض على رئيس الدولة للتصديق عليها . ولهذا كان مجلس الدولة هو فى حقيقته مجلس رئيس الدولة Conseil du chef d'Etat وصحيح أن رئيس الدولة كان مشغولا بمهامه عن دراسة تقارير المجلس ، وكان يدرك أنه ليس قاضياً بأكثر من مستشاريه ، ولهذا كان تصديقه أو توقيعه على مشروعات الأحكام التى يعدها مجلس الدولة هو من الناحية العملية مجرد إجراء . ولكن ذلك لا يؤثر فى الحقيقة القانونية التى تمثلت فى أن أعمال المجلس كانت مجرد اقتراحات ومشروعات تخضع لتصديق رئيس الدولة الذى يتخذ فى النهاية القرار الذى يراه والذى تنتهى به المنازعة (١) .

ولقد سمى هذا النظام بالقضاء المحجوز justice retenue لمجلس الدولة وفيه احتجز رئيس الدولة لنفسه سلطة اتخاذ القرار القضائى ، وحجزها عن مجلس الدولة الذى لم يكن يملك الا تقديم اقتراحات (٢) .

وهكذا خطت اصلاحات السنة الثامنة – بعد الفصل بين الهيئات

---

(١) Appleton op cit. p. 85, Waline op. cit p. 28, Dэlaubadére op-cit p. 346

(٢) ان اطلاق عبارة القضاء المحجوز على عمل مجلس الدولة وان كان تعبيرا سائدا فى الفقه الا إنه فى نظرنا غير دقيق على عكس الحال بالنسبة الى عمل المحاكم القضائية التى كانت تأخذ هذا الوصف فى النظام القديم قبل الثوره . ذلك أن المحاكم القضائية فى هذا النظام القديم كانت محاكم حقيقية تمارس وظيفة القضاء وتصدر أحكاما نهائية تنتهى بها المنازعة ولا تخضع لتصديق أية جهة أخرى . فعمل هذه المحاكم كان من طبيعة قضائية مستوفيا كل عناصرها وكانت المحاكم مفوضة فى هذا القضاء من قبل الملك . ومع ذلك فان هذا التفويض لم يكن يحمل معنى تنازل الملك عن سلطته فى القضاء الى المحاكم اذ كان يحتجز لنفسه سلطة سحب أى منازعة من المحكمة المختصة بها ليقضى فيها بنفسه أو بواسطة محكمة أو قضاة آخرين . ومن هذا أطلق عليه

الإدارية والقضائية (١) . نحو الفصل بين الوظائف الادارية والقضائية . ذلك أنه مع بقاء قضاء النشاط الإدارى تابعاً للسلطة التنفيذية وملحقا بها ، فان انشاء المحاكم الادارية ومجلس الدولة — فى أحضان السلطة التنفيذية — ساهم فى قيام نوع من الفصل بين الادارة العاملة والادارة القاضية ، والتفرقة بين وظيفة الادارة ووظيفة القضاء . وكان ذلك أسلوباً أدى إلى هجر نظام الادارة القاضية ، لا لتكف عن رقابة أعمالها بنفسها ، بل لتستمر فى ذلك بجهازها القضائى بعد أن كانت تراقب نفسها بجهازها الادارى (٢) .

ومع ذلك فقد استمر الخلط بين الإدارة العاملة والإدارة القاضية ، فى صورة سادت فيها نظرية القاضى الوزير ministre juge محل الادارة القاضية . فقد احتفظ الوزراء وحدهم بسلطات قضائية واسعة كل فى حدود وزارته ، حتى كان الوزير يعتبر قاضى القانون العام فى المسائل الإدارية

= البعض وصف القضاء المحجوز . فهذه الصفة تمس قواعد اختصاص هذه المحاكم ولا تمس طبيعة القضاء اللى كانت تمارسه هذه المحاكم . وعلى عكس ذلك تماما تقوم فكرة القضاء المحجوز بالنسبة لعمل مجلس الدولة . ذلك لأن هذا المجلس لم يكن يقوم بعمل من طبيعة قضائية . فمن المتفق عليه اجماعا أنه كان يتولى البحث واعداد مشروعات الأحكام القضائية التى يصدرها رئيس الدولة . وعمله هذا لايمت بصلة الى القضاء لامحجوزا ولامفوضا وانما هو مجرد عمل استشارى لايختلف فى طبيعته عن الأراء والفتاوى التى كان يقدمها للادارة فى المسائل التى تصادفها فى عملها اليومى وتطلب الرأى فيها . ولهذا ايضا لانتفق مع ماذهب اليه البعض من أن مجلس الدولة كان يمارس دورا مزدوجا لاتتفق مع هذا المذهب ونرى أن وظيفة مجلس الدولة كانت وظيفة واحدة من طبيعة واحدة وهى الأفتاء وتقديم الآراء القانونية سواء فى المسائل الادارية التى تعرضها الجهات الإدارية أو فى المنازعات الإدارية التى يثيرها الأفراد . وفى هذا نتفق تماما مع ماذهب اليه د . عثمان خليل من أن هذا المجلس بدأ كمجلس إدارى فقط يستعين به الرئيس الإدارى فى المسائل القانونية ويمده فى شأنها بالنصيحة الفنية ولهذا لم يتقيد المجلس بقيود القضاء إزاء أعمال الإداره (مقاله السابق ص ١٩٠

(١) نشير إلى أن هذا الفصل لا ينصرف الى الفصل بين وظائف الدولة الثلاثة — تشريعية وتنفيذية وقضائية — أحد الأفكار المستمدة من مبدأ الفصل بين السلطات لمونتسكيو وانما الفصل المشار اليه كان أسلوبا من أساليب تنظيم العمل داخل الإدارة استهدف عدم منح عضو أو هيئة اختصاص الإدارة العاملة واختصاص الحكم فى المنازعات الادارية فى ذات الوقت .

(٢) Appleton op cit p. 18 De l'aubadére op cit p. 346, Goyard op. cit p. 97

المرتبطة بوزارته ، ولم تكن تقبل دعوى الفرد المرفوعة رأساً أمام مجلس الدولة إلا بعد الالتجاء إلى الوزير المختص ، وعن طريق استئناف الحكم القضائى الصادر من هذا الوزير (١).

(١) Hauriou op cit p. 961 Duez et Debeyt op cit 237 Appleton op cit p. 89 et 309, Drago III op. citp. 152.

الفصل الثالث

تطور المبدأ إلى أسلوب للفصل بين القضاء الادارى والادارة العاملة

مجلس الدولة والقضاء المفوض :

استمر نظام مجلس الدولة بقضائه المحجوز ، بالإضافة إلى نظام الوزير القاضى يشكل التنظيم الأساسى لقضاء المنازعات الادارية . ولم يكن لمثل هذا التنظيم ، بما يحمله من مزيج متناقض بين الفصل والخلط بين الوظائف والهيئات الادارية والقضائية ، الا أن يكون انتقالياً .

ففى مرحلة أولى ، ألغى القضاءالمحجوز بالقانون الصادر فى ٣ مارس سنة ١٨٤٩ الذى نقل من رئيس الدولة السلطةالعليا فى اصدار الأحكام فى المنازعات الادارية ، وناطها بمجلس الدولة . وبذلك أصبح هذا المجلس مفوضاً فى القضاء ، بعد أن كان محجوزاً عنه القضاء ، وأصبحت له سلطة كاملة فى إصدار أحكام حقيقية فى المنازعات الادارية ، بعد أن كان يقف بسلطته عند حد إبداء الرأى فيها . وسمى قضاء المجلس بالقضاء المفوض justice deleguée بالمقابلة بنظامه السابق فى القضاء المحجوز . وبهذا التعديل تطور مفهوم مبدأ الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية نحو الفصل بين الادارة العاملة وبين الادارة القاضية ، ولكنه كان تطوراً موقتاً ، إذ لم يلبث أن ألغى نظام القضاء المفوض بالمرسوم الصادر فى ١٨٥٢/١/٢٥ ، وعاد مجلس الدولة إلى نظامه القديم فى القضاء المحجوز تحت وصاية رئيس الدولة . وظل الأمر كذلك إلى أن صدر قانون فى ١٨٧٢/٥/٢٤ رده إلى نظام القضاء المفوض ، فعادت اليه صفته كقضاء إدارى يفصل بسلطة قضائية فى المنازعات الادارية ، دون تدخل من رئيس الدولة (١) . وانشئت

---

(١) ويذهب Gal إلى أنه منذ هذا التاريخ يمكن القول بأن مبدأ الفصل بين الهيئات الادارية

فى ذات الوقت محكمة تنازع الاختصاص tribunal des conflits عهد اليها بفض المنازعات التى يمكن أن تثور حول الاختصاص بين القضاء العادى والقضاء الإدارى . وهكذا كان استقلال مجلس الدولة بالقضاء الادارى يمثل تطوراً نحو الفصل بين الادارة العاملة والقضائية ..

séparation des aministration active et contententieuse

ومع ذلك فقد كان هذا الفصل متوارياً تخيم عليه ظلال نظام الوزير القاضى الذى كان يعتبر وفقاً للتفسير السائد لنصوص السنة الثامنة ، قاضى القانون العام فى المنازعات الإدارية ، والذى يتعين الاحتكام اليه كدرجة أولى قبل الاحتكام إلى مجلس الدولة كدرجة ثانية . وقد ظل هذا التفسير قائماً وسائداً حتى بعد أن استقل مجلس الدولة بقضائه المفوض .

وكان طبيعياً أن يلحق التطور فى تتابعه المستمر بنظام الوزير القاضى . غير أن هذا التطور لم يتم تشريعياً ، وهى أداة التغيير فى كل المراحل السابقة ، وانما تم قضائياً . ذلك أن مجلس الدولة بعد أن توافرت له عوامل الاستقلال وأسباب القوة والتطور ، قضى فى ١٣/١٢/١٨٨٩ بقبول دعوى وجهت اليه رأساً دون أن يسبقها احتكام إلى الوزير القاضى . وبذلك هجر مجلس الدولة ذلك الفقه السائد ، وقضى على نظام الوزير القاضى ، وأصبح هو — لا الوزير القاضى — قاضى القانون العام فى المنازعات الادارية لأول ولآخر درجة (١) .

الفصل بين جهات القضاء الادارى والادارة العاملة :

إذا كان مبدأ الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية قد سخر فى أول مراحله

= والقضائية أكتسب حقيقة قيمته وفاعليته الكاملة وذلك بتمكين الإدارة من التحرر من اعتداءات السلطة القضائية مع بقائها فى نطاق العدالة والقضاء الإدارى

Gal. La juridiction comptente pour connaitre aux droits fondamentaux de la pessonne J. C. P. 195,1, 927

(٢) Appletton op. P.cit 89,Delaubadére op. cit p. 347 Drago op cit III p 156

لانتزاع المنازعات الإدارية من اختصاص المحاكم القضائية ، لتدعيم الاستقلال التام للادارة قبل القضاء ، فقد أدى فى آخر مراحله إلى إنشاء قضاء إدارى مستقل عن الإدارة العاملة وعن المحاكم القضائية .

وإذا كان استقلال القضاء الإدارى عن القضاء العادى ظاهرة لا تحتاج إلى بيان ، يترجم عنها انفصال محاكم كل منهما انفصالا حقيقياً عن الأخرى ، فان استقلاله بالنسبة إلى الإدارة يحتاج إلى تفصيل .

ذلك أنه فى عمليات تنظيم قضاء النشاط الادارى ، كان هناك على مدى التطور الطويل ، اتجاهان رئيسيان يشدان التنظيم إلى طرفى نقيض . الأول أن إسناد هذا القضاء إلى الادارة يتفق واستقلالها بشئونها ، وقدرتها على الحكم فى منازعاتها ، إلا أنه يعيبه عدم الاطمئنان إلى حيدتها بوصفها خصماً وحكماً فى آن واحد . والثانى أن إسناد ذلك القضاء إلى جهة أخرى غير الإدارة ، يوفر معانى التحكيم وأسباب الحيدة ، الا أنه يعيبه أن هذه الجهة قد لا يتوافر لها التخصص الفنى اللازم للاحاطة باحتياجات الإدارة وأساليبها ومشاغلها ، وبالتالى الأهلية الفنية للفصل فى منازعاتها .

وكانت حركة التطور فى مسيرتها تغلب الحل الأول ، باسناد القضاء الإدارى إلى الإدارة ، أخذاً بمزاياه فى تدعيم استقلال الإدارة بشئونها ، والإفادة من قدرتها على الحكم فى منازعاتها ، وتجاهد بالاصلاح والتعديل ، فى علاج متناقضاته بجلوس الادارة ، وهى خصم ، على منصة القضاء .

وكان إنشاء مجلس الدولة كجهة قضاء إدارى مستقلا بمحاكمه الادارية ، تطبيقاً عملياً لذلك الحل .

فقد نشأ من ناحية فى أحضان الهيئة الادارية ، أخذاً بفكرة استقرت حول ضرورة قيام قضاء خاص بالادارة ، داخل الادارة ذاتها تحقيقاً لمبدأ استقلالها بشئونها (١) .

---

(١) ومن مظاهر ذلك أن يضم رجالا من الادارة فالوزراء يحضرون بعض مداولاته وعمالا آخرين للادارة هم المستشارون غير العاديين يساهمون فى بعض أعماله وللادارة أن تعين =

ومن ناحية أخرى فان هذا القضاء الادارى وإن نشأ داخل الادارة فقد منح استقلالا حقيقياً عنها ، تحقيقاً لمبدأ الحياد الواجب لهذا القضاء . وقد تحقق هذا الاستقلال عضوياً ، بمعنى أن الأعضاء الذين يتولون القضاء ، مستقلون عن الأعضاء الذين يتولون الادارة العاملة . فمجلس الدولة بمحاكمه الإدارية ، له جهازه وأعضاؤه منفصلون عن رجال الإدارة العاملة ، ويتمتعون بضمانات كافية من الاستقلال . كما تحقق الاستقلال وظيفياً ، بمعنى أن القضاء الإدارى يكرس جهده فى وظيفته القضائية ولا يتولى عملا من أعمال الوظيفة الإدارية . وإذا كان صحيحاً أن أعضاء مجلس الدولة يساهمون فى الحياة الإدارية عن طريق إبداء الرأى والفتوى فى المسائل التى تعرضها الحكومة ، فان ذلك يكسبهم الاختصاص الفنى ، ويجعلهم أكثر إحاطة باحتياجات الادارة ومتطلباتها ، دون أن يجعلهم شركاء فى القرار التنفيذى الذى هو من عمل الادارة ذاتها ، ولا يرتب لهم سلطة أو مسئولية ، أو يقلبهم أطرافاً ذوى مصلحة فى الدعاوى الادارية وبمعنى آخر فان وظيفة المجلس فى الإفتاء والتى تشتبه بالطبيعة الادارية ، هى وظيفة استشارية بحتة ، وليست من وظائف الادارة العاملة . فاعضاؤه استشاريون بعيدون عن الادارة بدرجة تحفظ استقلالهم فى أحكامهم ، ومع ذلك فانهم مختلطون بالادارة بدرجة يحيطون معها بالنشاط الادارى احتياجاته وعيوبه (١) . وفضلا عن ذلك فإن مجلس الدولة مقسم داخلياً وتنظيمياً

نسبة من موظفيه ولا يرى الفرنسيون أن يقف مجلس الدولة بعيداً تماماً عن الاداره تنقطع بينهما الروابط= وتنعدم الوشائج إذ يجب أن يربطهما تيار يبقى على الصلة بينهما دون أن يهدم استقلال المجلس . ولذلك أجازوا للحكومة تعيين نسبة من موظفيه كما أن الاداره ممثله فيه فى أشخاص المستشارين غير العاديين ومن مظاهر الصلة أيضاً تمكين أعضاء المجلس من أن يطلبوا منه أن يكونوا خارج الهيئة كى يعملوا فى وظائف الادارة العاملة كل ذلك ينشىء علاقات قوية و مستمرة بين المجلس والحياة الادارية ويجعل مجلس الدولة كما قال البعض بحق une synthése de l'adminsitration et de juridiction Administrative (د. مصطفى كامل – مجلس الدولة ص ٦١) هذا وأن تبعية مجلس الدوله للاداره كانت دائماً السبب فى الاعتراض على مبدأ عدم تقرير قابلية أعضائه للعزل Drago op cit. Cit. I p. 96

(١) Hauriou op cit p.60 De Laubadère op cit p. 355 Waline op cit c p. 266 Bonnard op cit. p. 115.

إلى عدة أقسام ، وان وظيفة القضاء يمارسها القسم القضائى مستقلا عن الأقسام الأخرى .

وهكذا قام فى داخل الهيئة الإدارية ، جهاز قضائى مستقل هو مجلس الدولة ، ليفرض على الادارة العاملة احترام القوانين (١).

المفهوم المتطور لمبدأ الفصل بين الهيئات :

ذهب الفقه فى تحديد مفهوم ذلك المبدأ ، إلى أنه قاعدة تحظر على المحاكم القضائية النظر فى المنازعات الإدارية (٢) وأنه مبدأ فنى يتعلق بتنظيم الاختصاصات بين نظامى القضاء والعلاقات بين الادارة (٣) ، وأنه كان فى نشأته يعنى أن المحاكم العادية لا تستطيع رقابة أعمال الادارة ، ثم صار — بعد إنشاء القضاء الإدارى — يعنى قيام نظامين للقضاء (٤) كذلك فانه بعد تطويره يعنى أن أعضاء الادارة لا يحكمون فى المسائل الإدارية ، وأن القضاء الادارى لا يعتدى على مجال الادارة العاملة (٥) ، وأنه بعد أن كان فى نشأته فكرة تنطوى على امتياز للادارة أصبح فى صورته الحالية فكرة لتوزيع الاختصاص فى المنازعات الادارية بين جهتى القضاء (٦) ، وأنه كان حلا لمشكلة اسناد الاختصاص القضائى فى مسائل قضاء النشاط الإدارى إلى سلطة لايجب أن تكون السلطة القضائية(٧).

وتكاد هذه الآراء المتقدمة تحمل اتفاقاً على أصل تباينت بعد ذلك فى طريقة تصويره ، ولئن كنا نميل إلى الأخذ بالتصوير الأخير (٨) فان الصورة

---

(١) Bertheleny op cit p. 882
(٢) Vedel op. cit p. 61
(٣) Bretton op cit p. 26
(٤) Drago op cit. I p. 95
(٥) Appleton op. cit. p. 85
(٦) Duez et Debeyre op. cit p. 242
(٧) Goyard op cit p. 69.
(٨) على الأقل لأنه يسلط الضوء على العلاقة الثنائية بين الادارة والقضاء الادارى وهى التى تهمنا فى البحث بأكثر مما يسلط على العلاقة الثلاثية بين الادارة والقضاء الادارى والمحاكم القضائية

تستحق مزيداً من الايضاح .

فمبدأ الفصل بين الهيئات حقق فى بدايته انفصالا عضوياً مطلقاً للهيئة الإدارية عن الهيئة القضائية . ثم لما استأثرت الهيئة الإدارية — نتيجة لهذا لهذا الانفصال — بقضاء نشاطها الادارى ، حقق ذلك المبدأ بعد إنشاء مجلس الدولة مستقلا داخل الهيئة الادارية ، انفصالا وظيفياً بين أعمال الإدارة وأعمال القضاء الإدارى .وبهذا رتب المبدأ انفصالا مزدوجاً عضوياً ووظيفياً .

غير أن المبدأ فى تحقيقه للانفصال العضوى بين الهيئة الادارية والهيئة القضائية ، كان يهدف — وهو فى بداية نشأته — إلى مصلحة الإدارة واستقلالها عن القضاء . أما فى تحقيقه للانفصال الوظيفى بين أعمال الادارة وأعمال القضاء الادارى ، فكان يهدف — وهو فى نهاية تطوره — إلى مصلحة القضاء الإدارى واستقلاله عن الإدارة .

وعلى هذا النحو قام التوازن ، وأمكن لذلك المبدأ حل المعادلة الصعبة التى أشار اليها التصوير الذى ملنا اليه . كيف يمكن تحرير الهيئة الإدارية من الخضوع لرقابة الهيئة القضائية مع خضوعها فى الوقت ذاته لرقابة قضائية ؟

وننتقل بعد ذلك إلى استعراض نظامنا القضائى المصرى لنرى حقيقة المكان الذى احتله ذلك المبدأ فيه .

الباب الثاني

ارتداد المبدأ في مصر

لم تشهد مصر ذلك التطور البعيد الذى صادفه القضاء الفرنسى وتقلب عليه طويلا . وكان أول عهدها بنظام المحاكم القضائية يرجع إلى سنة ١٨٧٥ بانشاء المحاكم المختلطة(١) ، ثم انشاء المحاكم الأهلية سنة ١٨٨٣ . ولم تكن مصر تعرف قبل هذا التاريخ مبدأ الفصل بين السلطات ، أو الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية ، ذلك أنه وبصرف النظر عن عدم وجود دساتير فى ذلك الوقت تقرر تلك المبادىء أو تحتضنها ، لم تكن توجد هيئات قضائية يستتبع وجودها تنظيم العلاقات بينها وبين الهيئات الادارية فى أى من صور الفصل أو الادماج . ولهذا لم تكن الادارة تخضع لأية رقابة قضائية ، وكان يمكن القول بأنها كانت قاضية المنازعات الخاصة بها ، مما يعيد إلى الأذهان نظام الإدارة القاضية ، الذى عرف فى فرنسا فى مرحلة من مراحل تطورها القضائى .

على أن إنشاء المحاكم المختلطة ثم المحاكم العادية كان حدثاً فرض بذاته تنظيم اختصاصات هذا القضاء بالنسبة إلى المنازعات الادارية ، وبالتالى رسم أساس العلاقات بين الهيئات الإدارية والقضاء الوليد . وقد خرجت لائحة ترتيب هذه المحاكم بعيدة عن ترسم خطى النظام الفرنسى أصلا ، وبالتالى بعيدة عن بنائه الذى قام عليه وهو مبدأ الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية .

وظل النظام القضائى المصرى ثابتاً على أساسه ، حتى بعد إلغاء القضاء

---

(١) كانت توجد محاكم شرعية لا تهمنا فى هذا البحث .

المختلط ، وإلى أن انشىء مجلس الدولة سنة ٩٤٦ ، وعهد اليه بمهمة الفصل فى بعض المنازعات الإدارية التى نص عليها فى قانون إنشائه . ورغم أن المشرع المصرى قد احتذى حذو النظام الفرنسى بانشاء مجلس الدولة المصرى على غرار مجلس الدولة الفرنسى ، وبذلك أقام نظاماً قضائياً مزدوجاً كما هو الحال فى فرنسا ، إلا أنه مع ذلك لم يترسم خطى مجلس الدولة الفرنسى فى البناء الذى قام عليه ، وهو مبدأ الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية .

ولذلك يمكننا أن نقرر من الآن أن مصر لم تعرف مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية ، لا فى عهد المحاكم القضائية ، ولا فى عهد مجلس الدولة ، وأن نظامها القضائى قام فى كلا العهدين على أساس مبدأ الفصل بين السلطات مطوراً فى مفهومه ، الأمر الذى يقتضى دراسة كل من هذين العهدين فى فصل مستقل .

الفصل الأول

المبدأ فى عهد المحاكم القضائية قبل انشاء مجلس الدولة

نظام القضاء قبل انشاء المحاكم المختلطة والأهلية(١) :

لم تكن النظم والظروف المصرية خلال العهدين العربى والتركى ، لتدع مجالا للتفرقة بين وظائف الدولة أو سلطاتها المختلفة . وتطورت الظروف مع الزمن ، وبخاصة خلال القرن التاسع عشر ، وفى عهد محمد على ، حيث نال القضاء نصيباً من الاصلاح . ففى أول الأمر كانت الادارة تفصل فى ظلامات الأفراد ، بل وكانت تفصل أحياناً فى الخصومات العادية بين الفرد والفرد ، وبذلك كانت تباشر قسطاً من وظيفة القضاء التى كانت تختص بها أساساً المحاكم الشرعية .

ثم أنشأ محمد على بعض المجالس ، ومنحها اختصاصات قضائية وإدارية وتشريعية ، وكان أولها «ديوان الوالى» الذى أنشىء سنة ١٨٠٥ ، واختص بضبط المدينة وربطها ، وبالفصل فى المشاكل ، وبوضع نظامات البلاد الأولى ، وسن اللوائح . وكان هذا المجلس شبيهاً بمجلس الملك الذى عرفه التاريخ الفرنسى قديماً . وقد أطلق عليه بالفعل اسم «المجلس العالى الملكى» .

وبمثل ذلك الخليط من الوظائف ، اختص كذلك «الديوان العالى» وهو أكبر الدواوين السبعة التى أنشأها محمد على أيضاً بقانون سنة ١٨٣٧ . كما أنشئت جمعية الحقانية سنة ١٨٤٢ فجمعت بين سلطة سن القوانين واللوائح ، وبين الاختصاص القضائى الشامل لجميع القضايا المتعلقة بالعسكرية والأهالى والتى تقدم إلى الجمعية من الدواوين ذات الشأن فيها ، كما كانت

---

(١) د. عثمان خليل عثمان . مجلس الدولة ورقابة القضاء الادارى لأعمال الادارة الطبعة الخامسة ص ٣٧ ومابعدها .

تفصل فى التهم الموجهة ضد الموظفين . وقد سميت باسم « مجلس الأحكام» ، وهو أعلى هيئة قضائية افتائية حينذاك وقد ألغاه سعيد وأعاده مرات ، وظل مع بعض المجالس المحلية حتى ما بعد إنشاء المحاكم المختلطه ولحين العمل بالمحاكم الأهلية .

وبذلك عرفت مصر فى ذلك العهد نظام المجالس الشبيهة بنظام مجلس الملك الفرنسى ، ودرجت هذه المجالس مثله على الخلط بين العمل الإدارى والعمل القضائى والعمل التشريعى ، كما تولت الادارة الفصل فى بعض الخصومات مستغلة قلة المجالس وبعدها عن المتقاضين وعدم الفصل بين السلطات . وكانت أحكام هذه المجالس مرهونة فى النهاية برأى الوالى ، وبذلك كان قضاؤها من قبيل ما يعرف بالقضاء المحجوز الذى صادفناه عند دراسة النظام الفرنسى .

انشاء المحاكم المختلطة والأهلية واختصاصها بالمنازعات الادارية :

كانت الإمتيازات الأجنبية أثقالا حملتها مصر فوق ظهرها ، وأخذت تئن منها سنوات بعد سنوات . وكانت هذه الامتيازات تكفل — فيما تكفله — للدول المتمتعه بالامتياز ، حصانة قضائية تمكنهم من طرح منازعاتهم على قناصل بلادهم ، للفصل فيها طبقاً لقوانينهم الخاصة . فلما استشرى الأمر ، وضربت الفوضى أطنابها ، وأراد الخديوى اسماعيل وضع حد لها تقدم إلى تلك الدول بمشروع لائحة لانشاء المحاكم المختلطة . وحين انعقدت لجنة دولية بالقاهرة فى الفترة من ١٨٦٩/١٠/٢٨ إلى ١٨٧٠/٢/١٧ لدراسة ذلك المشروع اقترح المندوبان الفرنسيان أن تخضع الحكومة والخديوى على السواء لولاية المحاكم الجديدة ، وأن تخضعا فى ذلك لقواعد القانون العام الأوروبى . وكان لتمسك المندوبين الفرنسيين بقواعد القانون العام الأوروبى فيما يتعلق بالمنازعات الادارية — وهى التى تختصم فيها الحكومة والخديوى — دلالة خاصة ، تشير من طرف خفى إلى نبذ النظام الفرنسى ، الذى كان الى ذلك العهد يأخذ بنظام القضاء المحجوز والوزير القاضى ، وإلى الأخذ بالنظام

البلجيكي الذى كانت قد أخذت به بعض دول أوروبا كاليونان والدانمرك وايطاليا . وقد تغلب هذا النظر الأخير (١) .

وعلى هذا الأساس نصت المادة ١١ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة على أنه ليس لهذه المحاكم أن تفصل فى ملكية الأموال العامة أو أن تفسر أمراً يتعلق بالادارة أو تقف تنفيذه ولكن يسوغ لها فى الأحوال التى وردت فى القانون المدنى أن تفصل فى الاعتداء على حق مكتسب لأحد الأجانب متى كان ناشئاً عن عمل إدارى . ثم عدلت فى سنة ١٩٠٠ تعديلا تضمن منع تلك المحاكم من التعرض لأعمال السيادة ، ثم أعيدت صياغتها بغير تغيير فى جوهرها بمناسبة الغاء الامتيازات الأجنبية سنة ١٩٣٧ .

ولما أنشئت المحاكم الأهلية سنة ١٨٨٣ تضمنت المادة ١٥ من لائحة ترتيبها حكماً شبيهاً بحكم المادة ١١ من لائحة المحاكم المختلطة فى صياغتها الأولى ، ثم وحدت صياغة المادتين المختلطة والأهلية بمناسبة الغاء الامتيازات الأجنبية سنة ١٩٣٧ ونص لأول مرة على أعمال السيادة فى لائحة ترتيب المحاكم الأهلية . ثم بمناسبة الغاء المحاكم المختلطة بعد انتهاء فترة الانتقال وصدور قانون نظام القضاء رقم ٣٧ لسنة ١٩٤٩ نص فى المادة ١٨ منه على أنه «ليس للمحاكم أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة فى أعمال السيادة ولها دون أن تؤول الأمر الادارى أو توقف تنفيذه أن تفصل
١ — فى المنازعات المدنية والتجارية التى تقع بين الأفراد والحكومة بشأن عقارأو منقول عدا الحالات التى ينص فيها القانون على غير ذلك .

٢ — فى دعاوى المسئولية المدنية المرفوعة على الحكومة بسبب إجراءات وقعت مخالفة للقوانين واللوائح .

٣ — فى كل المسائل الأخرى التى يخولها حق النظر فيها .

---

(١) د. سليمان الطاوى التعسف فى استعمال السلطة . ص ١٨٣ .

وبغير تفصيل فى اختصاص المحاكم المختلطة والأهلية يخرج بطبيعته عن نطاق البحث ، فان اختصاص هذه المحاكم بالنسبة للمنازعات الادارية ، كان مقصوراً على التعويض عن الأعمال الادارية غير المشروعة ، دون التعرض لهذه الأعمال تأويلا أو وقفاً أو الغاء .

تلك سمات النظام القضائى البلجيكى ارتسمت على قضائنا المصرى فى أول عهده ، منذ أواخر القرن الماضى حتى منتصف القرن الحالى ، والتى لانكاد نتعرف عليها الا بالمامة موجزة بالنظام البلجيكى ذاته .

النظام القضائى البلجيكى فى المنازعات الادارية :

حين قامت بلجيكا بوضع دستورها سنة ١٨٣١ ، كان النظام الفرنسى فى استحداثه لمجلس الدولة فى دور النمو والتكوين ، وكان مجلس الدولة ذاته فى طور القضاء المحجوز يخضع لرئيس الدولة . وكانت النظرة إلى المجلس مشوبة بالريبة باعتباره قضاء خاص بالادارة ، وامتياز لها ، أنشىء ليباعد بينها وبين المحاكم القضائية ، وأنه أقرب إلى حمايتها منه إلى حماية الأفراد . ولهذا فانه حين عملت بلجيكا على إرساء نظامها القضائى ، حاولت علاج كل ما تمثل فى النظام الفرنسى من عيوب خبرتها بلجيكا خلال وقوعها تحت الاحتلال الفرنسى . ولذلك أخضع دستور سنة ١٨٣١ الإدارة للمحاكم القضائية التى يتمثل فيها أكبر ضمانة ورعاية لحقوق الأفراد وحرياتهم (١) .

فقد نص الدستور فى المادة ٩٢ على أن «المنازعات التى تتعلق بالحقوق المدنية ولاية المحاكم دون غيرها » وفى المادة ٩٤ على أنه « لا يمكن إنشاء أية محكمة أو جهة قضائية أخرى إلا بقانون ولا يجوز انشاء مجالس أو محاكم غير عادية لأى سبب من الأسباب » وفى المادة ١٠٧ على أنه « ليس للمحاكم أن تطبق القرارات واللوائح العامة أو الاقليمية أو البلدية إلا إذا كانت موافقة للقوانين» (٢).

---

(١) د. سليمان الطاوى المرجع السابق ص ٢٢٦

(٢) المرجع السابق ص ١٩٠ .

وهكذا حظر الدستور إنشاء محاكم أو مجالس خاصة – كمجلس الدولة مثلا – ، وأخضع الادارة فى منازعاتها مع الأفراد للمحاكم القضائية دون غيرها ، ومنح تلك المحاكم سلطة مراقبة مشروعية أعمال الادارة بحيث تمتنع عن تطبيقها إذا ما كانت مخالفة للقانون .

وفى التطبيقات القضائية ، ذهبت المحاكم إلى أن رقابة المشروعية لا يمكن اثارتها بدعوى أصلية ، بل لابد أن يكون ذلك عرضاً عند تطبيق أمر ادارى ، وأن المحاكم لا تملك بصدد هذه الرقابة أن تلغى هذا الأمر ، وكل ما تملكه هو الامتناع عن تطبيقه ، وتقرير التعويضات المناسبة إذا ما أدى تنفيذه إلى الاضرار بالأفراد . وكانت المحاكم تستند فى رسم حدود هذه الرقابة إلى مبدأ الفصل بين السلطات (١) .

المحاكم القضائية ومبدأ الفصل بين السلطات :

وهكذا يتضح كيف استعار نظامنا المصرى النظام البلجيكى ، وكلاهما يقوم فى الرقابة على الأعمال الادارية على دعامتين أساسيتين . الأولى أن المحاكم القضائية هى صاحبة الاختصاص العام بالفصل فى كل المنازعات ، ادارية كانت أم غيرها ، والثانية أنه مع عدم المساس بالأعمال الإدارية تأويلا أو وقفاً أو إلغاء ، فانه يجوز التعويض عن الأعمال الضارة منها . وواضح أن الدعامة الأولى هى الأصل فى الاختصاص ، والثانية هى القيد على هذا الاختصاص .

والنظام المتقدم ، بما ورد به من أصل ، وما ورد عليه من قيد ، ليس إلا تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات فى مرحلة من مراحل تطوره . فالسلطة القضائية وتتولاها المحاكم القضائية مستقلة عن السلطة التنفيذية والادارة فرع منها . وكما أن السلطة القضائية تختص بحكم وظيفتها الطبيعية بالفصل فى كل المنازعات ، أياً كانت طبيعتها إدارية أم غير إدارية ، وهو الأصل فى الاختصاص ، فان ذلك يجد حده بالنسبة للمنازعات الإدارية فى عدم المساس

---

(١) المرجع السابق ص ١٩٤ وبعدها . ص ٢٥٦ .

باستقلال الادارة أو التعرض لأعمالها بالتأويل أو وقف التنفيذ أو الإلغاء ، وهو القيد على الاختصاص ؛ ولهذا يقف القضاء عند التعويض عن الأعمال الضارة منها ، احتراماً لاستقلال الادارة باعتبارها فرع من السلطة التنفيذية ونزولا على مبدأ الفصل بين السلطات .

وفى هذا مفترق بين النظام المصرى والنظام الفرنسى . فمجلس الدولة الفرنسى أنشىء فى كنف الهيئة الادارية داخل السلطة التنفيذية ونأياً بالادارة عن المحاكم وعن السلطة القضائية . ولهذا فانه لما استقل مجلس الدولة بالقضاء الادارى وانفصل عن الادارة العاملة ، كان هذا الانفصال انفصالا بين هيئتين داخلتين فى سلطة واحدة هى السلطة التنفيذية . ولهذا أيضاً كان مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية — وليس الفصل بين السلطات — يعبر بصدق عن الفصل بين هيئات داخلة فى سلطة واحدة وليس بين سلطات مختلفة .

وإذا كان مجلس الدولة الفرنسى قد امتدت سلطته منذ مهده إلى قضاء إلغاء القرارات ، وهو قضاء بلغه مبكراً ، وقصرت عنه نظم أخرى جاءت بعده ، كالنظام البلجيكى ودول أوروبا التى أخذت عنه ، فان ذلك يفسره أيضاً أن مبدأ الفصل بين السلطات — التى أقامت عليه الدول الأخيرة نظامها القضائى — يفرض بطبيعته استقلالا بين هذه السلطات تقوم فى ظلاله علاقات متبادلة ضيقة ومحدودة . وذلك بخلاف الفصل بين الهيئات التى تدخل فى سلطة واحدة ، فان العلاقات التى تقوم بينها تكون أكثر رحابة واتساعاً .

وإن فى ولاية مجلس الدولة الفرنسى دليل صادق على ما تقدم . ذلك أنه حين نشأ كمجلس ادارى استشارى يقدم الرأى إلى رئيس الدولة ، لم يكن يتقيد بقيود القضاء إزاء الأعمال الإدارية ، وكان يقترح إلغاءها كلما رأى فيها مخالفة للقانون . ولم تكن الإدارة لتشعر منه بالغضاضه فى ذلك ، لأنه مجلس الرئيس الأعلى ، وهذا الرئيس يملك سلطة التدخل

فى أعمالها والغائها . ثم لما تحول مجلس الدولة إلى هيئة قضائية كان طبيعياً أن يستمر على الدرب ليقضى بما كان يقترحه من الغاء . وبهذا تحول الإلغاء الادارى إلى الغاء قضائى بعد تحول مجلس الدولة من مجلس إدارى إلى قضاء إدراى .

وحاصل ما تقدم أن ولاية المحاكم القضائية المصرية بالنظر فى المنازعات الادارية وحدود هذه الولاية كانت تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات فى مفهومه وحدوده السائدة فى ذلك الوقت ، وذلك بخلاف مجلس الدولة الفرنسى الذى كانت نشأته وولايته ثمرة لمبدأ الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية .

الفصل الثانى

المبدأ بعد إنشاء مجلس الدولة

انشاء مجلس الدولة :

ظلت المحاكم القضائية هى قاضية القانون العام بالنسبة للمنازعات الادارية ، تختص وحدها بالتعويض عنها ، إلى أن صدر القانون رقم ١١٢ لسنة ٩٤٦ بانشاء مجلس الدولة المصرى على غرار مجلس الدولة الفرنسى . وكان إنشاء هذا المجلس ، بعد محاولات عديدة باءت بالفشل فى سنوات طويلة ، تحولا هاماً رأى فيه البعض أعظم حادث فى تاريخ مصر الحديث ، لا يقل شأناً عن اعلان الاستقلال ذاته (١) .

وقد اعتبر مجلس الدولة هيئة قائمة بذاتها ، ونيط به الفصل فى بعض المنازعات الادارية الواردة على سبيل الحصر والتحديد فى قوانين إنشائه ، وصارت له سلطة الإلغاء ووقف التنفيذ بالنسبة للقرارات الادارية ، وسلطة القضاء الكامل بالنسبة للمسائل الأخرى الداخلة اختصاصه .

ولما كان اختصاص مجلس الدولة بالمنازعات الإدارية هو على النحو المتقدم اختصاص محصور فى مسائل محددة يعينها القانون ، فقد ظلت المحاكم القضائية صاحبة الاختصاص العام فى المنازعات الادارية ، بحيث تختص بكل ما لم يرد به نص خاص فى قانون مجلس الدولة وهو اختصاص مقصور على ما سبق بيانه ، على الحكم بالتعويضات ، دون التعرض للأعمال الادارية بالتأويل أو وقف التنفيذ أو الالغاء .

---

(١) د. مصطفى كامل مجلس الدولة ص ١١٤ . ويرجع فى استعراض المحاولات السابقة لانشاء مجلس الدولة د. عبد الحميد بدوى تحول لجنة قضايا الحكومة إلى مجلس دولة مجلة مجلس الدولة العدد الأول ص ٣٥ .

مجلس الدولة جزء من السلطة القضائية :

مع اعتبار مجلس الدولة هيئة قائمة بذاتها ، فقد ألحق فى بداية إنشائه بوزارة العدل ، ثم تعدلت هذه التبعية مراراً مع تغير النظم الدستورية وبتعديلات تشريعية ، إذ ألحق بعد ذلك برئاسة مجلس الوزراء ، ثم برئاسة الجمهورية ، ثم بالمجلس التنفيذى ، ثم برئيس الوزراء مباشرة ، واستقر به المقام أخيراً طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ٩٦٨ هيئة مستقلة ملحقة بوزير العدل .

وقد ذهب بعض الفقهاء إلىأن المجلس بهذا التتبع قد ألحق بالسلطة التنفيذية كما هو فى فرنسا (١). بل وذهب رأى فى تفسير ذلك إلى أن مجلس الدولة المصرى «ألحق منذ إنشائه بالسلطة التنفيذية كما هو الحال فى فرنسا وبلجيكا وغيرهما . وبذلك تتكون من الوزارات المصرية وفروعها والوحدات المستقلة هيئة الإدارة العامة » ويكون القسم القضائى بمجلس الدولة «هيئة القضاء الإدارى» . والهيئتان متصلتان بقدر ومنفصلتان بقدر آخر وفقاً لقاعدة الفصل بين الهيئات Séperation des autorités (٢) وإذا كان صحيحاً أن مجلس الدولة المصرى قد ألحق بالسلطة التنفيذية — وهو الحاق فى معنى خاص سيرد ايضاحه — الا أنا نرى مع ذلك ، أن مكانه ليس كمكان مجلس الدولة الفرنسى ، فليس جزءاً من الا .لطة التنفيذية كما وأن انفصاله أو اتصاله بالإدارة العاملة ليس تطبيقاً لقاعدة الفصل بين الهيئات . حقيقة أن مجلس الدولة الفرنسى وكما تردد القول هيئة قضائية خاصة ، تقوم مستقلة بجوار الهيئة الادارية داخل السلطة التنفيذية . فهو جزء من هذه السلطة ، يرأسه رئيس الوزراء وفى حالة غيابه وزير العدل وفى حالة غيابه يرأسه وكيل مجلس الدولة . أما مجلس الدولة المصرى فهو هيئة مستقلة داخل السلطة القضائية وفى القلب منها ، وإن تبعيته لوزارة العدل لاتجره من الس.لطةالقضائية

---

(١) د. سليمان الطاوى القضاء الادارى ورقابته لأعمال الاداره ص ٦٧ د. مصطفى كامل المرجع السابق ص ١٢٢ .

(٢) د. عثمان خليل مجلس الدولة ورقابته لأعمال الاداره ص ٤٧ .

ي الهو جزء منها لتدخله فى السلطة التنفيذية ، إذ لم يقصد بهذا التتبع إلا تعيين الجهة الإدارية التى تيسر للمجلس شئونه الإدارية لا القضائية ، والتى يتصل عن طريقها بالسلطات الأعلى ، كرئيس الجمهورية أو رئيس الوزراء ومثل هذه التبعية ، قائمة أيضاً بالنسبة للمحاكم التى تتولى السلطة القضائية طبقاً للدستور ، إذ تتبع وزير العدل طبقاً لقانون السلطة القضائية — وكان يسمى بقانون استقلال القضاء — دون أن تثير هذه التبعية أية شبهة فى أن السلطة القضائية قد انتقلت بدورها داخل السلطة التنفيذية وذابت فيها .

وللأهمية التى يرتبط بها بحثنا فى اعتبار مجلس الدولة جزء من السلطة القضائية ، نضيف الأسانيد الآتية :

١ — جاء فى تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب عن مشروع أول قانون بانشاء مجلس الدولة ما يلى « والواقع إن الإصلاح القضائى الذى سار ركبه الحثيث فى العهد الحاضر كل مسار ، ما كان يصح أن يتخلف عن تناول الأداة الإدارية ، بل إن الإصلاح فى هذه الناحية ضرورة يدعو اليها استكمال الدستور لبنيانه ، وتوطيد أركانه . فقد كفل الدستور الحريات ، وكفالتها توجب وضع حدود للأداة التنفيذية ، تقضى على الذين استودعوا نصيباً من السلطة العامة ، أن يلتزموا حدود القانون ونواهيه(١) » .

والواضح مما ورد فى بداية الفقرة السابقة من التقرير عن الاصلاح القضائى ، إن إنشاء مجلس الدولة كان منظوراً اليه كوسيلة للاصلاح فى النظام القضائى واعادة للتنظيم الداخلى للسلطة القضائية ، وذلك بإنشاء هيئة قضائية متخصصه ، تقوم بجوار المحاكم الأخرى ، لتتولى الفصل فى بعض المنازعات الادارية .

---

(١) د. سليمان الطارى . التعسف ص ٢٥٥ .

٢ - حين عرض مشروع قانون إنشاء مجلس الدولة على مجلس النواب ، اعترض عليه بعض النواب بدعوى عدم دستوريته ، واستناداً إلى مخالفته لنص المادة ٣٠ من دستور سنة ٩٢٣ ، والتي كانت تنص على أن السلطة القضائية تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، ومقتضاها أن يكون للمحاكم العادية - وهي التي كانت موجودة عند وضع الدستور - دون غيرها حق الفصل في المنازعات غير الادارية والادارية على حد سواء ، فاذا جاء قانون مجلس الدولة ، وإنشأ نوعاً جديداً من المحاكم هو مجلس الدولة ، للفصل في منازعات إدارية معينة ، يكون قد أحدث جديداً لم ينص عليه الدستور . ولكن أغلبية أعضاء المجلس وافقوا على المشروع ، إذ رأوا في العبارة الواردة بالمادة ٣٠ من الدستور ، والتي نصت على أن السلطة القضائية تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، أنها عبارة مرنة يمكن أن تشمل المحاكم التي كانت موجودة بالفعل وقت الدستور والمحاكم الأخرى التي تنشأ بعد صدوره ، ولو كانت تنتمي إلى جهة قضائية جديدة هي جهة القضاء الإداري (١) .

وهذا يقطع أيضاً في أن مجلس الدولة يدخل في عموم عبارة المحاكم التي تتولى السلطة القضائية وان كان جهة قائمة بذاتها مستقلة عن تلك المحاكم .

٣ - صدر القانون رقم ٦ لسنة ٩٥٢ بتعديل قانون مجلس الدولة وتضمن فيما تضمن النص على أن «لوزير العدل الحق في الاشراف على المجلس وأعضائه وموظفيه» . وقد فجر هذا التعديل ثورة عارمة من الاعتراضات واجتمعت الجمعية العمومية لمجلس الدولة وأعدت مذكرة تضمنت أوجه معارضتها لاشراف الوزير على مجلس الدولة كان من بين ما جاء بها «إن الاشراف الذي تريد وزارة العدل أن تبسطه على مجلس الدولة وأعضائه وموظفيه ، يتعارض مع المبادىء الأساسية للدستور وقانون

(١) د. مصطفى كامل المؤلف السابق ص ١٢١ .

مجلس الدولة . فقد قرر الدستور استقلال السلطة القضائية ، وفى الصدارة من قانون مجلس الدولة تنص المادة الأولى بأن يكون هذا المجلس هيئة قائمة بذاتها ، وإذا كان النص قد قضى بأن يلحق المجلس بوزارة العدل ، فليس فى الحاقه بهذه الوزارة معنى من معانى التبعية ، بل ان هذا الالحاق إنما هو تعيين للجهة الادارية التى يتصل بها المجلس عن طريقها بالجهات والسلطات الأخرى ، فهو يلحق بوزير العدل كوحدة إدارية وليس كسلطة رئاسية .. ولا محل للاحتجاج بالنص الوارد فى قانون استقلال القضاء ، وهو النص الذى يجعل لوزير العدل الاشراف على المحاكم والقضاة ، لأن هناك فرقاً جوهرياً بين القضاء العادى والإدارى فى هذا الصدد . ففى الأقضية التى ترفع أمام القضاء الإدارى ، تكون الحكومة ذاتها أحد الخصمين ، ويطلب الخصم الآخر من المحكمة إلغاء قراراتها الإدارية ، لا الحكم بتعويض مالى فحسب . فكيف يستطيع هذا الخصم الآخر أن يطمئن إلى قضاته ، وهو يعلم أن خصمه هو المشرف عليهم . أليس هذا قاطعاً فى أن الإشراف يتعارض كل التعارض مع طبيعة الوظائف التى لمجلس الدولة . على أن الجمعية ترى بعد كل ذلك ، أنه كان الأولى بدلا من إضافة النص الذى يبسط إشراف وزير العدل إلى نصوص قانون مجلس الدولة ، أن يحذف هذا النص من قانون استقلال القضاء دعماً لاستقلال السلطة القضائية » .

وقد ألقى وزير العدل بياناً فى مجلس الشيوخ بعد أن أقر هذا المجلس مشروع القانون كان مما جاء فيه «ان اشراف الوزير على المجلس إنما هو اشراف إدارى عام يراد به تمكينه من مد المجلس بالعناصر الكافية والصالحة لأداء رسالته ، ومن اعداد مشروعات القوانين التى تكفل صيانة الحقوق فى سهولة ويسر حسبما يتكشف عنه العمل فى المجلس ، ومن تهيئة ميزانيته على ضوء ما يبينه من مقتضيات حاجة العمل فيه .. وبديهى أن هذا

الاشراف لا يتعارض بحال مع استقلال القضاء ، ولا يمكن أن يعتبر تدخلا فى عمله ، لأن هذا الاستقلال أمر مسلم ... ولم تكن الحكومة لتغفل عن قيام هذا الأصل ، وما كانت الهيئات النيابية السابقة بغافلة عنه إذ أقرت قانون استقلال القضاء متضمناً فى المادة ٥٠ منه حق اشراف وزير العدل على المحاكم والقضاة. ذلك لان هذا الاشراف لاينصب إلاعلى ادارة القضاء، ولا يتناول القضاء فى ذاته . والمقصود بادارة القضاء فى هذا المقام ، هو إدارة مرفق العدل باعتباره من أهم المرافق العامة .. وفى ذلك يقول جارسونيه «ان السلطة القضائية تباشر اختصاصاتها تحت اشراف وزير العدل .. فهو الذى يمثل السلطة التنفيذية فى هذا الشطر من اختصاصاتها ويدخل فى اختصاصه تنظيم جميع الجهات القضائية والاشراف عليها : إن وزير العدل لا دخل له فى السلطة القضائية نفسها ، وإن كان هو الذى يدير شئون مباشرتها ، دون أن يكون له حق القضاء بنفسه » .. انه يبدو أن مبنى اعتراض المعترضين ، هو الخلط بين القضاء ذاته ، وادارة القضاء : لأنه من المسلم أن القضاء فى ذاته مستقل فى مباشرة سلطاته القضائية ، لايتدخل أحد فى قضائه ... ومجلس الدولة لا تتنافر وظيفته مع حق الوزير فى الاشراف ، فهو مكون من قسمى الرأى والتشريع ومن المحكمة الادارية :. أما المحكمة فهى لا تعدو أن تكون واحدة من جهات القضاء ، والقضاء العادى خاضع لإشراف وزير العدل كما سبق البيان» (١) .

ومع كل هذا الخلاف حول طبيعة الالحاق والتبعية واشراف وزير العدل ومدى أثرها فى الاستقلال التام لمجلس الدولة فان هناك اتفاقاً حملته كل تلك الآراء المتعارضة وهو أن مجلس الدولة جزء فى كيان السلطة القضائية .

٤ ــ وإذا كان ما تقدم من أسانيد تفسيرية صاحبت وعاصرت إصدار قانون إنشاء مجلس الدولة وتعديله فى سنواته الأولى ، فقد جاء

---

(١) يراجع بتفصيل أوفى د. مصطفى كامل . المرجع السابق ص ١٢٢ .

دستور جمهورية مصر العربية متوجاً لها . فقد خصص الفصل الرابع من الباب الخامس للسلطة القضائية . ونص فى المادة ١٦٥ منه على أن «السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف درجاتها وتصدر أحكامها وفق القانون» وفى المادة ١٧٦ على أن« يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها وينظم طريقة تشكيلها،ويبين شروطواجراءات تعيين أعضائها ونقلهم» . وفى المادة ١٧٢ على أن «مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل فى المنازعات الادارية وفى الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى» .

وان الدستور بالنص الأخير لم ينشىء لمجلس الدولة مكاناً جديداً بين السلطة القضائية لم يكن له من قبل ، بل كان فى ذلك موءكداً لمكانه السابق ، مقرراً لمكانته فى المرتبة الدستورية ، بعد أن كانت هذه المكانة يحوطها الشك عند البعض فى استوائها عند مرتبة القانون الذى استمد منه المجلس نشأته .

ولعل الاستحداث الجدير بالتنويه حتماً، أن الدستور وقد خول مجلس الدولة سلطة الفصل فى المنازعات الادارية ، قد خلع عليه صفة القاضى العام فى هذه المنازعات ، بعد أن كانت هذه الصفة للمحاكم القضائية وظلت لها حتى بعد انشاء مجلس الدولة . واعتقد أنه لم يكن هناك من دافع إلى تقييد اختصاصات مجلس الدولة القضائية فى أنواع معينة من المنازعات الادارية إلا الرغبة فى عدم إغراقه بالاختصاصات وهو فى باكورة نشأته وبداية تكوينه . أما وقد رسخت أقدامه وتدعم بنيانه بقضاء شامخ طوال ربع قرن من الزمان ، فقد حق أن يسترد وظيفته الكاملة ويصبح صاحب الاختصاص العام فى تلك المنازعات ، كما هو الشأن بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسى بمحاكمه الادارية . وان الأمر يقتضى بالضرورة تعديل قانون مجلس الدولة .

علاقة مجلس الدولة كسلطة قضائية بالهيئة الادارية كفرع من السلطة التنفيذية :

تقدم الايضاح أن انشاء مجلس الدولة كان عملا من أعمال إعادة التنظيم الداخلى للسلطة القضائية ، حقق انشاء هيئة قضائية متخصصه فى نوع

معين من المنازعات الادارية . ومن ثم فليس لهذا التنظيم الداخلى للسلطة القضائية، من أثر فى العلاقات الخارجية لهذه السلطة بالسلطة التنفيذية والادارة فرع منها ، وهى العلاقات التى أرسيت على أساس مبدأ الفصل بين السلطات ، لا مبدأ الفصل بين الهيئات على النحو السابق إيضاحه فى الفصل السابق .

على أن عاملا جديداً قد تداخل بانشاء مجلس الدولة وتحديد سلطاته، فى تغيير التصور العام لمبدأ الفصل بين السلطات وآثاره فى نطاق العلاقات بين السلطتين القضائية والتنفيذية .

فقد أوضحنا أنه تفريعاً من مبدأ الفصل بين السلطات ، تنساب فكرة استقلال السلطة القضائية فى القيام بوظيفتها الطبيعية فى الفصل فى كل المنازعات ، وأيا كانت طبيعتها إدارية أم غير إدارية ، وأن هذا الاستقلال يجد حده فى عدم المساس باستقلال السلطة التنفيذية ، وذلك بعدم التعرض لأعمالها الادارية تأويلا أو وقفاً أو الغاء ولهذا كان يقف القضاء عند حد الحكم بالتعويض عن هذه الأعمال ، إذا ما توافرت أركان المسئولية الإدارية .

غير أنه بانشاء مجلس الدولة ، ومنحه سلطة فى تأويل ووقف تنفيذ والغاء بعض القرارات الإدارية ، بدا استقلال الادارة وكأنه قد أهدر وضرب فى الصميم ، وكان هذا التصور سبباً فى الاعتراض على إنشاء مجلس الدولة ، وفى وأد المحاولات المتعددة التى بذلت لانشائه (١) ولاريب

---

(١) «لم يكد هذا المشروع ينشر فى الصحف حتى ثارت عاصفة من النقد والاعتراض وصف فيها مجلس الدولة بأنه دولة فى دولة وأنه سلطة رابعة إلى جانب السلطات بل سلطة فوق السلطات وأن السلطة التنفيذية ستصبح داخله فى وصايته وأنه بما يملكه من أبطال القرارات الادارية سيخل بالمسؤلية الوزارية أمام البرلمان وأنه سيسلب مجلس الوزراء سلطته فى التأويل التشريعى التى تخوله أياها القوانين وحقه فى فض المنازعات التى تقوم بين الوزارات ويفسد أمور الموظفين واستقامة العمل فى المصالح بل أنه سيعتدى على اختصاص المحاكم وأنه ستتركز فيه سلطات لم تمنح لأحد أو لهيئة من قبل فانشاؤه من أجل ذلك مخالف للدستور » د. عبد الحميد بدوى . تحول لجنة قضايا الحكومة إلى مجلس الدولة مجلس الدولة العدد الأول ص ٣٥ .

فى أنه بمنح مجلس الدولة المصرى سلطاته المتقدمة فى سنة ٩٤٦ ، حقق مبدأ الفصل بين السلطات — فى مصر — تطوراً ، ليلحق بمفهومه وآثاره التى بلغها من زمن ، فى الدول الأخرى التى تأخذ به كبلجيكا وانجلترا وأمريكا ، والتى لم تجد فى قيام السلطات القضائية بالغاء أو وقف تنفيذ الأعمال الادارية ما يتنافر مع استقلال السلطة التنفيذية .

غير أن انهيار هذا الحد الذى كان يمثل فاصلا بين السلطة القضائية والسلطة التنفيذية ، لم يترتب عليه الغاء الفواصل بينهما . ذلك أنه وإن تقدمت السلطة القضائية — ممثلة فى مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى — متجاوزة الحد السابق ، إلا أنها وقفت عند حد آخر وراءه لاتتخطاه . وهو حد فرضه بدوره مبدأ الفصل بين السلطات . فالسلطة القضائية تختص بالوظيفة القضائية وبالتالى ليس لها أن تمارس الوظيفة الادارية التى تدخل فى صميم اختصاص السلطة التنفيذية ، وإلا كان ذلك اعتداء منها عليها . وبهذا يمتنع على القضاء الادارى مباشرة أى عمل يدخل فى الوظيفة الادارية .

هذا الحد الذى وقف عنده مجلس الدولة المصرى تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات ، هو بذاته الحد الذى وقف عنده مجلس الدولة الفرنسى تطبيقاً لمبدأ الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية وبغض الطرف عن أن هذا الأخير كان قدوة جديرة بأن يحتذى بها الأول ، فان الأمر يثير مع ذلك التساؤل ، كيف أمكن توحيد الحدود ، مع اختلاف مجلس الدولة المصرى فى طريقه على مبدأ الفصل بين السلطات ، عن مجلس الدولة الفرنسى فى طريقه على مبدأ الفصل بين الهيئات .

إن المشكلة ليست إلا ظاهرية . ذلك أنه سواء أكان الفصل بين القضاء الإدارى والإدارة العاملة فصلا بين سلطات — كما هو الحال فى مصر — أم فصلا بين هيئات — كما هو الحال فى فرنسا — فان الفصل واقع ومتحقق فى الحالتين . ومن ثم فليس غريباً أن يرتب ذات الآثار ، ويقيم حدوداً واحدة فى البلدين .

وهكذا فان الاختلاف فى تنظيم السلطات والهيئات الداخلة فيها بين فرنسا ومصر لم يرتب اختلافاً فى العلاقات المتبادلة بين القضاء الإدارى والإدارة العاملة فى كلا البلدين .

وننتقل إلى القسم الثانى لدراسة هذه العلاقات .

القسم الثانى

العلاقات المتبادلة

بين القضاء الادارى والادارة العامة

كان لنشأة مجلس الدولة الفرنسى وليداً فى أحضان الادارة ، ثم تطوره وئيداً فى أكنافها إلى أن اشتد ساعده فاستقل عنها دون أن ينفصل منها ، أثراً ملحوظاً تميزت به العلاقات المتبادلة بينهما فى مباشرة كل منهما لوظيفته .

ذلك أن مجلس الدولة كان فى انشائه ثم استقلاله بالقضاء المفوض ، تجربة (١) خاضعة للتقدير ، تنظر اليها الادارة بالحذر والريبة ، بعد تجربتها المريرة مع محاكم البرلمانات ، وفى وقت كان فيه الفكر الديمقراطى يحبو ولم ينطلق من عقاله . وكان مجلس الدولة يعمل من ناحيته على تثبيت استقلاله ، باثبات تفهمه لطبيعة وأساليب العمل الإدارى واحتياجاته ، ووعيه بطبيعة وظيفته القضائية فى انفصالها عن الوظيفة الإدارية . وكان مما يزيد فى دقة مهمة المجلس وحساسيتها أنه كان فى قضائه فى ظل تلك الاعتبارات خلاقاً مبدعاً ينشىء القواعد ويرسيها ، ويعمل على تحقيق مركز متوازن بين مصالح الادارة مع تعددها وتعقدها وتداخل عنصر المصلحة العامة فيها ، وبين مصالح الأفراد مع أهميتها وخطورتها وتداخل عنصر الصالح الخاص فيها (٢).

ومع ما أحرزه مجلس الدولة من نجاح فى إنشاء القواعد المنظمة للروابط الإدارية بما يحقق مركز التوازن بين المصالح المتنازعه، بل وفى صنعه لقانون ادارى مستقل بات بغير منازع مفخرة لصانعيه ، ومثلا يحتذى به أنداده فى الدول الأخرى ، فانه ظل مع تطوره على مدى قرن من الزمان وفياً حريصاً على حدود فاصلة بين وظيفته القضائية والوظيفة الادارية ترسم سلطاته ، وتترسم فى أحكامه .

---

(١) وليس أدل على ذلك من أنه بعد أن أسند اليه الاختصاص المفوض سنة ١٨٤٩ استرد منه فى سنة ١٨٥٢ فعاد إلى القضاء المحجوز إلى أن أعيد اليه القضاء المفوض ثانية سنة ١٨٧٢ . ويراجع فى شأن الهجوم على مجلس الدولة ولآراء المتعارضة فى ذلك الوقت بين الغائه والإبقاء عليه Bonnard. le controle juridictionnel de l'administration p. 158.

(٢) على مجلس الدوله أن يقيم توازناً عادلا بين حقوق الادارة وحقوق الأفراد
Letourneur. l'etendue du control du juge de l'éxces de pouvoir CE Etudes et doc. 1962 Fisc 16 p. 51.

وأما الإدارة فقد كانت الأم التى تمخض عنها مجلس الدولة . ولئن شب هذا عن الطوق،واستقل عنها فى ممارسة القضاء ، الا أنها ظلت بما تملكه من سلطات إدارية ،وتنفيذية ، تقف فى مركز القوة . وإذا كانت قد خضعت له فى منازعاتها تبعاً لنمو الفكر الديمقراطى وسيادة القانون فى دولة القانون ، والتزمت بالتالى بتنفيذ أحكامه ، الا أنها لا تزال فى مركز تقصر عنه يد القضاء الإدارى بوسيلة من وسائل التنفيذ .

تلك صورة عامة للعلاقات المتبادلة بين القضاء الإدارى والادارة العاملة فى نطاق مبدأ الفصل بينهما . احترام القضاء الإدارى للوظيفة الإدارية، واحترام الإدارة لأحكام القضاء الادارى .

أما احترام القضاء الادارى للوظيفة الإدارية ، فيتمثل فى امتناع القاضى عن اتخاذ الأعمال الادارية ، وفى امتناعه عن تقدير ملاءمتها نعرضها فى الباب التالى كل فى فصل مستقل .

وأما احترام الإدارة للأحكام الصادرة من القضاء الادارى فيتمثل فى احترامها لقوة الشىء المقضى به وتنفيذ تلك الأحكام بل ومسئوليتها عن عدم تنفيذها نعرضها فى الباب الثانى

الباب الأول

احترام القضاء الادارى للوظيفة الادارية

الفصل الأول

امتناع القضاء الادارى عن القيام بالأعمال الادارية

ان رقابة القضاء الادارى لأعمال الادارة هى رقابة قانونية تقف عند الفصل فى المنازعات بانزال كلمة القانون ، والحكم بالغاء القرارات غير المشروعه ، أو اقرار الحقوق الثابتة ، أو تقرير التعويضات المناسبة . وليس للقضاء الادارى أن يجاوز هذا النطاق ، باقتحام مجالات الادارة والقيام بعمل من أعمالها التى تدخل فى صميم اختصاصها .

وتسرى هذه الحدود فى قضاء الالغاء (١) كما فى القضاء الكامل (٢) ذلك لأنه وان كانت رقابة القاضى فى القضاء الكامل أوسع منها فى قضاء الالغاء ، الا أن الرقابة فى الحالتين تظللها قاعدة الفصل بين الادارة والقاضى ، بما تفرضه من احترام هذا الأخير لاستقلال الادارة بوظائفها ، وامتناعه عن القيام بأى عمل يتصل باختصاصها . والقضاء فى ذلك قديم

(١) ويقول هريو أن الحكم انما ينصب على نقاط النزاع ومادام القرار المطعون فيه قد ألغى فليس بعد الغائه من نزاع ولهذا فان وظيفه القاضى فى دعوى الالغاء تعزز القيود التى ترد على سلطته CE 24-1-1899 Viaud ,S 1899-111-105 Note Hauriou

(٢) يتعين التفرقة فى القضاء الكامل بين امتناع القاضى عن التعدى على وظائف الادارة وبين امتناعه عن الحكم عليها بغير التعويضات . فالأمتناع الأول يرتد إلى مبدأ الفصل بين الادارة والقضاء . أما الامتناع الثانى فانه وإن كانت قاعده الفصل المذكوره تعززه إلا أنه يستمد كذلك من قاعده أخرى بمقتضاها أن التزامات المدين فى حالة عدم التنفيذ تتمخض عن مجرد تعويض Drago op. cit. III p. 172.

ومستقر ، ونابع من قاعدة الفصل بين الادارة العاملة والقضاء الادارى، وليس إلى مجرد تحديد ذاتى autolimitation من جانب القضاء (١)

ونعرض فيما يلى للحالات التى يسرى فيها الحظر والحالات التى تشتبه بالحظر وحالات أخرى تخالف الحظر.

المبحث الأول

حالات الحظر

الامتناع عن اصدار الأوامر والنواهى للادارة العاملة :

ان القضاء الادارى لا يقف من الادارة العاملة على درجة من درجات السلم الرئاسى ، وهو فى رقابته القانونية على أعمالها لا يمارس سلطة رئاسية، ولهذا يمتنع على القاضى أن يضمن حكمه أمراً إلى الادارة بالقيام بعمل أو نهياً عن عمل ، صريحاً كان ذلك أم ضمنياً ، والا جاوز سلطته إلى ما فيه اعتداء على سلطة الادارة .

ومحل الأمر أو النهى يكون دائماً عملا مادياً تنفيذياً على ما سنوضحه فى البند الثانى عند التفرقة بين اصدار القاضى للأوامر وبين حلوله محل الادارة فى عمل من أعمالها .

وترتيباً على ذلك لا يجوز للقاضى أن يصدر أمراً إلى الادارة باعادة موظف إلى عمله (٢) أو بتسليم سيارة (٣) أو بتنفيذ قرار بالابعاد (٤) أو باخلاء عقار (٥) .

---

(١) يرى فيدل أن الأمر يتعلق بتحديد ذاتى من جانب القضاء Vedel op. cit. p. 478 بينما يرده آخرون إلى مبدأ الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية

Drago op. cit. III p. 148 Waline op. cit. p. 266

Appleton op. eit. p. 97

(٢) CE 29-4-936 Dame Rouaix R. p. 4¯5

(٣) CE 30-4-1947 Mus p. 674

(٤) CE. 15-6-1953 Fricker R. p. 293

(٥) CE. 27-1-933 Le Loir S' 933-3-132

ومن تطبيقات ذلك الحظر فى القضاء المصرى ، ماقضت به محكمة القضاء الادارى من أنه «إذا كان الطلب ينطوى على صدور أمر للجهة الادارية بعمل شىء معين ، فان المحكمة لا تملكه إذ أن اختصاصها قاصر على إلغاء القرارات الإدارية المخالفة للقانون ، أو تسوية المراكز بالتطبيق لهذا القانون ، ومن ثم فان طلب المدعى وضعه على درجة ، وهو من الخدمة الخارجين عن الهيئة غير المؤهلين ، يكون خارجاً عن اختصاص هذه المحكمة» (١) كذلك لا تملك المحكمة أن تصدر أمراً إلى وزارة المعارف العمومية بالاعتراف بالشهادة المقدمة من المدعى ، لخروج ذلك عن ولايتها القضائية ، التى لا تتعدى الغاء القرارات الادارية المخالفة للقانون دون إصدار الأوامر للادارة (٢) .

كما قضت محكمة القضاء الادارى بأنها «ليست من هيئات الإدارة العاملة ، فلا تملك أن تصدر أوامر إدارية ، ومن باب أولى تقوم مقام الادارة فى اتخاذ إجراء معين ، ومن ثم فلا وجه للحكم بما طلبه المدعى فى الشق الثانى من دعواه الخاص باعادته إلى الخدمة بالديوان العام لمصلحة الحدود حتى بلوغه سن الستين ، ولو أن هذا الطلب هو النتيجة الطبيعية لإلغاء قرار الإحالة الذى يتعين على الادارة احترامه والأخذ بموجبه (٣) . وبالمثل فان «المدعى إذ ضمن طلباته الزام وزارة الداخلية باعادته إلى عمله ، يكون قد طلب أمراً لا تختص محكمة القضاء الادارى به ، ما دام اختصاصها بمقتضى قانون إنشائها مقصوراً على إلغاء القرارات الادارية التى تقع مخالفة للقانون ، فيمتنع عليها تبعاً لذلك أن تصدر أمراً إلى جهات الإدارة العاملة باجراء شىء معين بذاته (٤) .

---

(١) ٩٥٥/١٢/١ م١٠ ص ٥٧ يراجع م٣ ص ١٠٤٥

(٢) م٨ ص ١٨٨ .

(٣) ٩٤٧/٥/٢٨ مجموعة عمر ص ٣٦٥ رقم ٢٨

(٤) ٩٤٩/١/١٥ م٣ ص ٢٢٠ .

وعلى ذلك تنحسر سلطة القضاء الإدارى عن إصدار الأوامر إلى الإدارة بالقيام بعمل احتراماً لاستقلالها بوظائفها

وفى رأينا أنه ينبغى التفرقة فى الأمر بعمل بين حالتين . الأولى لا يرتبط فيها هذا العمل بحكم الغاء كأثر حتمى مباشر له، كطلب الحكم على الإدارة بتسليم موقع لتنفيذ أعمال متعاقد عليها أو إزالة عمل ضار ، ففى هذه الحالات تكون طبيعة الأمر بهذا العمل ظاهرة وخالصة بغير شبهة ، ويكون القضاء صائباً فى مسلكه بالامتناع عن إصدارها ، بل إنه يحكم فى هذه الحالات بعدم اختصاصه بنظر الدعوى المتضمنه لمثل ذلك الطلب .

أما الحالة الثانية ، وفيها يرتبط العمل بحكم صادر بالغاء قرار ، ويكون هذا العمل فى حقيقته أثراً حتمياً ومباشراً لحكم الالغاء ، كالحكم بالغاء قرار فصل موظف فان من أثره الحتمى المباشر التزام الادارة باعادته إلى عمله، (١) وهذه الإعادة هى مجرد عمل مادى تنفيذى لحكم الالغاء، والحكم بالغاء قرار نقل موظف ، فان من أثره الحتمى المباشرالتزام الادارة باعادته إلى وظيفته التى نقل منها (٢) وهى بدورها عمل مادى تنفيذى. والحكم بالغاء قرار اعتقال شخص من أثره الحتمى المباشر التزام الادارة باطلاق سراحه ، وهو كذلك عمل مادى تنفيذى . فى مثل هذه الحالات وغيرها من القرارات الإيجابية (٣)

---

(١) وفى ذلك تقول المحكمة الادارية العليا أنه «ان كان القرار الملغى صادراً بالتسريح استتبع الغاؤه قضائياً بحكم اللزوم اعاده المدعى كما كان فى وظيفته التى كان يشغلها عند تسريحه بمرتبها ودرجتها كما لو لم يصدر قرار بالتسريح» ٢٦/٤/١٩٦٠ع مجموعة العشر سنوات ص ٦٦١ كذلك فان النتيجة الطبيعية التى تترتب على صدور الحكم بالغاء قرار فصل موظف عام ... أن تعاد الحال إلى ما كانت عليه . وتنفيذ هذا الحكم يقتضى اعاده الموظف الذى حكم بالغاء قرار فصله إلى ذات وظيفته» ٢٨/١٢/١٩٥٣ م ٢ ص ٣٣٧

(٢) وقد قضت محكمة القضاء الادارى بأن التنفيذ الصحيح للحكم الصادر بالغاء قرار نقل موظف يقتضى لزوماً اعادته إلى وظيفته الأولى بالذات احتراماً للأثر القانونى المترتب على حكم الألغاء وهو اعتبار القرار الملغى كأن لم يصدر أصلا فيعود المدعى بناء على ذلك إلى مركزه القانونى الأول فيرد إلى وظيفته كما كان » ١٩/٦/١٩٥٢ م٦ ص ١٢٣٨ .

(٣) سنرى فى الفصل الثانى من الباب الثانى عند تناول صور التنفيذ أن الغاء القرارات=

التي يؤدي الغاؤها إلى هدمها بأثر رجعي يرتد إلى يوم صدورها حتى سميت هذه الرجعية بالرجعية الهادمة ، وتلتزم الادارة تبعاً لذلك باتخاذ الأعمال المادية لإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل صدورها ، باعادة المفصول إلى الخدمة ، وإعادة المنقول إلى وظيفته ، واطلاق سراح المعتقل ، فى هذه الحالات وغيرها ، فان الحكم بهذه الآثار تبعاً للحكم بالالغاء ، ليس إلا تحديداً لالتزامات الادارة المترتبة كأثر حتمى ومباشر على حكم الإلغاء . وليس فى هذا التحديد تجاوز لحدود القاضى فى وظيفته ، لأن آثار الحكم بالالغاء هى جزء مكمل لحكم الالغاء ذاته ، ولا تنفصم عنه . وكما أنه يتعين على القاضى أن يحدد مدى الالغاء ونطاقه وما انصب عليه — وتلك من المسلمات — فلا غضاضة فى أن يحدد أيضاً آثاره الحتمية المباشرة المترتبة عليه لزوماً ، والتى تمثل التزاماً فى جانب الادارة تحقق بذات الحكم (١) . كذلك ليس فى هذا التحديد من جانب القاضى جور على سلطة الادارة ، إذ ليست لها من سلطة تقديرية فى تحديد التزاماتها الحتمية المترتبة على الحكم ذاته ، حتى أن خطأها فيه يرتب مسئوليتها عنه (٢) . والقول بغير ذلك يجر إلى التسليم بأن للادارة سلطة فى تقدير الحكم ذاته (٣) وهو ما لا يجوز التسليم به.

= الايجابيه كالتى أشرنا اليها يرتب التزاماً فى جانب الاداره باعاده الحال إلى ما كانت عليه وهو دائماً عمل مادى . يمكس الغاء القرارات السلبية أو الامتناعية كالغاء قرار تخطى فى الترقية أو أو رفض اصدار ترخيص فان الألغاء فى هذه الحالات يرتب كذلك التزاماً فى جانب الاداره باصدار القرار الذى امتنعت عن اصداره .

(١) وفى ذلك يقول د. عبد المنعم جبره أن ازالة الأثر القانونى للقرار الملغى تتحقق تلقائيا بمقتضى حكم الألغاء (رسالته فى آثار حكم الألغاء ص ٣٥٠) وأن ثمة إلتزاماً على عاتق الادارة بضروره القيام بجميع الأعمال اللازمة لازالة الأثر المادى القائم للقرار الملغى كاخلاء المعين أو الأفراج عن المواطن أو تسريح الجند (رسالته ص ٣٥٥) يراجع كذلك د. ابراهيم شحاته إذ يقول حيث يقتصر الأثر الرجعى — لحكم الألغاء — على الهدم فانه يتحقق بذات الحكم (الآثار الايجابية للاحكام الصادرة بالغاء الترقيات مجلة مجلس الدولة سنة ١٩٦٠ ص ٢٦٥).

(٢) سنزيد الامر تفصيلا فى الفصل الثانى من الباب الثانى الخاص بتنفيذ الاحكام .

(٣) وتؤكد المحكمة الادارية العليا قيام التزام فى جانب الادارة بالنسبة لهذه الآثار المادية حين تقول «فالآثار الواقعية التى تنشأ عن أحكام الغاء يجوز بحكم ترتيبها الحتمى ولزومها العقلى أن يتمسك بها أو لو الشأن فى طلب الغاء قرار آخر مادامت هذه النتائج المحتمة يتعين على الاداره احترامها بل انفاذها من تلقاء نفسها نتيجة لحكم الألغاء» ٢١/٦/٩٦٤ ع مجموعة العشر سنوات ص ٦٦٠.

وأما عن سلطتها التقديرية فى اختيار وسائل تنفيذ الحكم ، فهى سلطة قائمة بغير جدال لا يمسها الحكم الذى لا يتعدى تحديد التزامها فى التنفيذ ، ويترك لها فيما وراء ذلك تقدير الوسائل المناسبة لهذا التنفيذ . كذلك لا يطوى تحديد التزامات الإدارة بحكم الإلغاء أمراً بعمل ، لأن حكم الإلغاء لا يطوى هذا الأمر ، إلا إذا صدر متضمناً إعادة الموظف المفصول إلى عمله مثلا ، إذ عندئذ تقوم صفة الأمر ، وهو ما لا نقصده أو نذهب اليه . وإنما نرى أن يصدر الحكم بالالغاء وبالتزام الادارة باعادته إلى عمله . والفرق واضح بين الحالتين . فتحديد التزام الادارة بعمل يختلف عن أمرها بهذا العمل ، سيما وأن هذا الالتزام متحقق بذات الحكم ، ومن ثم فان إيراده صراحة فيه ، لا يختلف فى طبيعته عن السكوت عنه لاستخلاصه منه ضمناً .

ومع ذلك فان القضاء مستقر على عدم تحديد آثار الحكم ، باعتباره منطوياً على أمر للادارة التى لها أن تستخلص بنفسها هذه الآثار ، وتتولى تنفيذها إعمالا لقوة الشىء المقضى فيه .

وفى هذا يختلف اتجاه القضاء عن اتجاهه فى دعاوى الاستحقاق أو ما تسمى بدعاوى التسويات ، وفيها لا يتردد القضاء فى الحكم للموظف بأحقيته فى تسوية حالته فى درجة معينه من تاريخ معين ، أو برد أقدميته إلى تاريخ بذاته ، أو باستحقاقه لبدل مقرر ، أو علاوة معلومة ، دون أن يتحرج فى ذلك لما ينطوى عليه حكمه من اصدار أوامر للادارة باجراء تلك التسوية. وإذا كان صحيحاً أن تلك التسويات هى مجرد أعمال تنفيذية ، تهدف إلى مجرد تطبيق القانون على حالة الموظف ، وتوصيل ما نص عليه القانون اليه ، فكذلك التزام الإدارة باعادة الموظف إلى عمله تنفيذاً لحكم إلغاء قرار فصله ، هو عمل تنفيذى يهدف إلى مجرد تنفيذ حكم الالغاء — بما له من قوة ملزمة تشبه القوة الملزمة للقانون — وتوصيل ما قضى به إليه . ولهذا كان خليقاً بالقضاء ألا يتحرج عن الحكم به تنفيذاً لحكم الالغاء ، كما لم

يتحرج عن الحكم بالتسويات تنفيذاً لحكم القانون (١) .

الامتناع عن الحلول محل الادارة فى عملها :

كذلك لا يجوز للقاضى أن ينصب نفسه مكان الادارة ، فيحل محلها ويقوم بعمل من أعمالها يدخل فى صميم اختصاصها . فلا يملك أن يمارس السلطة اللائحية التى تملكها الإدارة باصدار قواعد لائحية ، كما لا يملك إصلاح قراراتها المعيبة ، أو تعديلها ، أو ترتيب آثار حكم الالغاء باصدار قرار جديد بدلا من القرار الملغى ، أو إصدار قرارات فى حالة امتناع الإدارة عن إصدارها ، أو تعديل العقود الادارية أو تصحيحها إذا ما تضمنت شروطاً باطلة . وإنما تقف سلطته عند حد إلغاء القرار الباطل، أو تقرير الحقوق المتنازع عليها ، أو ترتيب التعويضات عن الأضرار .

وحالات حلول القاضى محل الادارة هذه تختلف عن حالات إصدار الأوامر السابق استعراضها فى البند السابق . ورغم ما درج عليه الفقه عادة من عدم التفرقة بينها ، فان ثمة فاصلا حاداً يميز فى نظرنا بين تلك الحالات. ومعيار التفرقة بينها يرجع إلى محل عمل القاضى ؛ فان كان محله عملا مادياً

---

(١) أن التزام الادارة بالأحكام يشبه التزامها بالقانون . حتى سويت مخالفة الأحكام بمخالفة القانون من حيث اعتبارها وجها من وجوه الطعن

Alibert· Controle juridictionnel de l'administration p. 302

وقد ذهب البعض فى ذلك إلى أن الحكم هو بمثابة تفصيل خاص للقانون كما ينطبق على الوقائع فهو بهذه المثابة سند قانونى خاص بالواقعة المحكوم فيها فهو يعلو القانون بسبب هذا التخصيص وبالتالى يفوق فى قوته سائر الأدوات القانونية من القوانين والقرارات الجمهورية والوزارية وماهو أدنى منها (د. مصطفى كمال وصفى . أصول اجراءات القضاء الادارى . الكتاب الثانى ص٢٢١ وحسين أبوزيد . الحكم بالإلغاء حجيته وآثاره وتنفيذه . مجلة مجلس الدولة السنةالثالثة ص ١٦٥ ، وذهبت المحكمة الادارية العليا إلى تسوية الأحكام بالقواعد التنظيمية العامه من حيث وجوب احترامها إذ قضت بأن «استقرار الأوضاع الادارية وعدم زعزعتها بعد حسمها بأحكام نهائيه حازت قوة الشىء المقضى به بمثابة القاعده التنظيمية التى يجب النزول عليها ١٩٥٨/١/١٨ ع٣ ص ٦٠٨ .

تنفيذياً كاعادة موظف مفصول أو اطلاق سراح معتقل ، كان أمراً صما دراً إلى الادارة بالقيام بهذا العمل . وإن كان محله قراراً إدارياً بتعيين وظف مثلا أو ترقيته أو إصدار ترخيص ، كان حلولا منه محل الإدارة فى سلطتها واختصاصها باصدار القرارات الإدارية .

وتطبيقاً لما تقدم لا يستطيع القاضى أن يصدر حكماً بتعيين موظف (١) أو تعديل تاريخ تعيينه (٢) أو تقرير خلو وظيفة (٣) أو تحديد الشخص الراسى عليه المزاد (٤) أو الترخيص باحلال ملتزم محل آخر (٥) أو طرح عملية فى المزاد بدلا من الممارسة (٦) أو مراجعة فئات التزام (٧) أو اصدار لائحة (٨) .

ومن ذلك أيضاً ما قضت به المحكمة الإدارية العليا من أن «هذه المحكمة لا تملك فى منازعات الترقية إلا إلغاء التخطى عند الاقتضاء . والمدعى لا يقول بالتخطى ولا يدعيه بالنسبة إلى قرار الترقية موضوع دعواه ، وإنما يطلب ترقيته اليها عوضاً عن الدرجة الرابعة الكتابية ، وكلا الأمرين يخرج عن سلطة هذه المحكمة ، وعما يجوز أن تلزم به جهة الادارة ، لأن مهمتها مقصورة على إلغاء القرارات الإدارية دون تعديلها ، ولأنها لا تملك الحلول محل الادارة فى إصدار قرار الترقية ، ولا إلزامها باتخاذ إجراء يقتضيه مثل هذا القرار (٩) . كذلك ما قضت به محكمة القضاء الإدارى

(١) CE 24—12—1926 Bondinc R.P. 1153
(٢) CE 30—5— 1945 Boitard p. 109
(٣) CE 16—5—1941 Honarat p. 85.
(٤) CE 14—2—936 Soc. Cooparalive de l'Etat p 200
(٥) CE 23—7—937 Soc. le Centre Electrique R. p. 772
(٦) CE 23 — 11— 934 Syndicat des Contribuables — p. 1099
(٧) CE 14—1—955 Soc. La fusion degaz R.p. 25
(٨) CE 25—3—1931 Rochemont R p. 343
(٩) ١٩٦٤/٦/٢٨ ع ٩ ص ١٣٤٧ .

من «أن القانون إذ خول هذه المحكمة سلطة الغاء القرارات الادارية المخالفة للقانون ، قد جعل منها أداة لرقابة تلك القرارات قضائياً فى الحدود التى رسمها ، دون أن يجعل منها هيئة من هيئات الإدارة . وبهذه المثابة ليس للمحكمة أن تحل محلها فى إصدار أى قرار ، أو أن تأمرها بأداء أى عمل معين أو بالامتناع عنه (١) لهذا أيضاً فانها لا تملك الحكم « باعتبار طالبه ناجحة فى امتحان النقل من السنة الأولى للسنة الثانية ثم السماح لها بامتحان النقل من السنة الثانية للثالثة ومنها إلى الرابعة ، إذ أن هذين المطلبين هما من صميم اختصاص الجهات الادارية ذات الشأن ولا تملك المحكمة أن تحل محلها فى ذلك مهما يكن أمر الاسانيد المقدمة (٢) .

كذلك قضت بأنه «لا جدال فى أن محكمة القضاء الادارى لا تملك إصدار قرارات بتكليف جهة الادارة بأمر معين ، كما لا تملك من باب أولى أن تحل محلها فى إصدار مثل هذه القرارات ، وبناء على ذلك يعتبر طلب المدعى باعتبار ثقافته العملية معادلة المؤهلات العالية ، وهو فى الواقع مبنى الدعوى خارجاً عن اختصاص المحكمة ما دام التصرف فى ذاته مما يدخل فى وظيفة جهة الادارة (٣) .

وبالمثل فانه «إذا كان الثابت أن قرار مجلس الكلية بالموافقة على تعيين المدعى فى وظيفة مدرس انما صدر فى ... ووافق عليه مجلس الجامعة فى ... وصدق عليه وزير التربية والتعليم فى ... فان هذا القرار هو الأداة التى أنشأت المركز القانونى فى التعيين فى تلك الوظيفة ، ولا يملك القضاء الادارى تعديل هذا المركز بارجاع التعيين إلى تاريخ تسلم العمل ، لأن ذلك يكون تعديلا للقرار يخرج عن ولايته (٤) .

---

(١) ١٩٥٠/٥/١٧ م ٤ ص ٨٠١

(٢) ١٩٤٨/٦/١٥م٢ ص ٧٨٥

(٣) ١٩٤٨/١/٢٨ م٢ ص ٢٩٧

(٤) ١٩٥٨/١٢/٢٧ ع مجموعة السنوات العشر ص ٣٥٧ .

وعلى عكس ذلك «فان القضاء إذ اعتبر أن تخفيض درجة الكفاية لم يكن له مبرر من الواقع أو القانون فانه لا يكون قد أحل نفسه محل السلطة الادارية فيما هو من شئونها» (١)

هذا ولا تتقيد المحكمة بوصف الطلبات كما أوردها المدعى فى دعواه وإنما تعطيها وصفها القانونى السليم لترتب عليها حكم القانون . وعلى ذلك فانه« وإن كان المدعى قد رفع دعواه بطلب الزام الادارة بتعيينه فى وظيفة معينه ، إلا أنه لم يقصد بذلك احلال المحكمة محل الادارة العاملة فى شأن من شئونها الخاصة ، بل انه يهدف فى عموم طلباته إلى الطعن فى إجراء معين خولفت فيه قاعدة تنظيمية وضعتها الوزارة للترقية إلى وظيفة مفتش بالمدارس الابتدائية أو مدرس أول بالمدارس الثانوية . وهذا من الأمور التى تختص بها المحكمة» (٢) وبالمثل فانه «إذا كان المدعي لا يقصد أن تحل المحكمة محل الإدارة فى إصدار أمر هو من وظيفتها ، وانما يهدف فى عموم دعواه إلى إلغاء القرار الإدارى بالامتناع عن تسوية حالته بوضعه فى الدرجة الأولى فمن ثم يكون الدفع بعدم الاختصاص فى غير محله متعيناً رفضه» (٣).

ومن رأينا أنه ينبغى التفرقة بين حالتين تماماً كما سبق لنا التفرقة فى حالات إصدار الأوامر ، حالات لا ترتبط بحكم الغاء وأخرى ترتبط بها . ففى الحالات التى لا ترتبط بحكم إلغاء ويقتصر طلب المدعى على تعيينه فى وظيفة أو ترقيته إلى وظيفة أو الترخيص له بحمل سلاح مثلا ، فإن مثل هذا الطلب يتضمن فى حقيقته إصدار قرار بالتعيين أو الترقية أو الترخيص ، ويكون القضاء صائباً فى رفض هذه الطلبات ، بل والحكم بعدم اختصاصه بنظرها ، وإلا يكون قد أحل نفسه محل الادارة فى إصدار قرارات تدخل فى صميم وظيفتها الإدارية ، وتستقل وحدها بتقدير ملاءمة إصدارها .

---

(١) ١٩٦٤/١٢/١٩ ع مجموعة السنوات العشر ص ١٨١٧ .

(٢) ١٩٥٣/٦/١٥ م٧ ص ١٥٤٨

(٣) ١٩٥٣/٥/٦ م٧ ص ١٠٨١ .

أما فى الحالات الأخرى التى يرتبط بها الطلب بالغاء قرار، فان الوضع جد مختلف. فالحكم بإلغاء قرار فيما تضمنه من تخطى مرشح فى التعيين أو فى الترقية، يرتب أثراً مباشراً وحتمياً بتعيين أو ترقية من تخطى فيها(١) وكذلك الشأن فى كل القرارات السلبية أو الامتناعية المماثلة كرفض اصدار ترخيص، فإن الغاءها يرتب على عاتق الادارة ليس فحسب واجباً سلبياً يتمثل فى حظر الاستمرار فى الرفض أو الامتناع، بل وواجباً إيجابياً يتمثل فى إصدار القرار الذى رفضت أو امتنعت عن إصداره والذى يجب أن يصدر بأثر رجعى وهو ما يسمى بالأثر البناء (٢).

ومتى كان التزام الادارة باصدار قرار بالتعيين أو بالترقية أو بالترخيص فى مثل هذه الحالات، هو أثر حتمى ومباشر لحكم الإلغاء، فان تحديد هذا الالتزام بحكم الإلغاء ذاته لا يشكل حلولا من القاضى محل الإدارة فى عملها. ذلك لأن تحديد آثار الحكم، ليست من الأعمال الإدارية البحتة التى لا يجوز له التدخل فيها، بل الأمر فى ذلك عكسياً، لأن تحديد أثر الحكم هو جزء مكمل للحكم ذاته، ومتصل به اتصال الأثر بالمؤثر، والسبب بالمسبب، ولا يختلف عنه فى طبيعته القضائية، حتى أن خطأ الإدارة فى استخلاص هذا الأثر — فى حالة عدم تحديده — يعتبر خطأ قانونياً موجباً لمسئوليتها (٣).

على أن تحديد الحكم لالتزام الإدارة باصدار القرار الذى امتنعت

---

(١) ٦٧٠/٧/٢ ع العشر سنوات ص ٦٧٤ حيث قضت المحكمة بأن «الغاء الأمر الجمهورى فيما تضمنه من ترك المدعى فى الترقية إلى وظيفه وزير مفوض من الدرجة الأولى .. مفاد ذلك التزام الوزاره باعتباره مرقى إلى وظيفة وزير مفوض من الدرجة الأولى» كذلك ٦٤/٦/٢١ ع المجموعة السابقة ص ٦٦١.

(٢) د. سليمان الطاوى القرارت الادارية ص ٥٦٢، د. ابراهيم شحاتة مقاله السابق ص ٢٦٤، د. عبد المنعم جبره رسالته ص ٣٥٢ وسنعالج ذلك بتفصيل أوفى فى الباب الثانى عند دراسة التزامات الاداره بتنفيذ الأحكام..

(٣) وقد قضت محكمة القضاء الادارى «لا وجه لما يذهب اليه المفوض فى تقريره من أن الخطأ اليسير فى تفسير القانون لايوجب التعويض لأن الأمر هنا لايتعلق بخطأ فى فهم القانون إذ أن القانون يوجب تنفيذ الأحكام ولاتحتمل هذه القاعده أى غموض فى تفسيرها» ٣٠/٦/٩٥٧م ١١ ص ٦٣٠

عن إصداره ، لا يعنى بداهة أن هذا القرار قد صدر بالحكم ، بل ينبغى أن تتدخل الادارة باصدار هذا القرار ، وهو قرار إدارى بالمعنى الدقيق ينشىء المركز القانونى محل الالتزام . فالحكم بالغاء قرار تخطى موظف والتزام الادارة بترقيته ، لا يعنى أن الموظف قد رقى بمقتضى الحكم ، أو نشأ له مركز فيها ، إذ الترقية من الأعمال الإدارية التى لا ينشأ المركز القانونى فيها الا بقرار إدارى تصدره الجهة الادارية المختصة ، ولا يجوز للقاضى أن يحل محلها فى إصداره ، وإنما يقتصر أثر الحكم على تحديد التزام الإدارة باصداره باعتباره أثراً حتمياً لحكم الالغاء ، ولتتولى هى إصداره فيتولد به وحده المركز القانونى فى الترقية . (١)

وإذا كان تحديد الحكم لالتزام الإدارة باصدار القرار الذى امتنعت عن إصداره ، لايتضمن حلولا محلها فى إصدار هذا القرار ، فإنه لا يعطل

---

(١) ويرى جيز أنه إذا الغى قرار صادر من الاداره بالرفض كرفض إصدار خط التنظيم فانه يترتب على هذا الغاء التزام الاداره قانوناً باتخاذ القرار الذى رفضت اصداره ولكن لاتستطيع المحكمة أن تتخذ هذا القرار

De la verité legale atta hée par la loi à l'acte juridictionnel R.D.P. 1913—447

ويرى هريو أنه من الأفضل أن يكون حكم الألغاء منتجاً بذاته للأثار القانونية الحتمية وأنه لاجدوى من انتظار قرارجديد يحقق النتائج المترتبة حتما على إلغاء القرار الأول. وذهب إلى أن الغاء القرار الصادر من الادارة بالرفض يرتب الاجازه قانوناً بشرط أن تخلو الدعوى من أية مسألة تتوقف على تقدير الاداره

C.E.5—2 — 909 S 1912 — 3—17 Note Hauriou

ويرى ريفرو أن المدعى فى دعوى الالغاء لايستهدف الألغاء فى ذاته وانما يبغى نتائج هذا الالغاء ومايستتبعه من اعاده تسوية الأوضاع وفقاً لمقتضيات الشرعية . وبذلك فانه لو طوع القاضى الوسيلة فى خدمة الغرض لما تردد فى تقرير نتائج وآثار الألغاء . وانه مما يتنافى مع طبيعة الأشياء أن نفصل بين الألغاء وآثاره وأنتقرر اعدام القرار ورفض تقدير مايترتب علىذلك بالضروره على ذلك الألغاء . إن ذلك يعنى الوقوف بوظيفة القاضى فى منتصف الطريق دون الوصول بها إلى غايتها كقاطع الأشجار الذى يجتث الشجره ولكنه يرفض اسقاطها تاركاً ذلك لعواصف الشتاء

Rivero : Le systeme francais de protction des citoyens contre l'abitraire administratif à l'épreuve des faits. Melanges Jean Dabin t 11 p. 813

سلطتها التقديرية فى تنفيذ هذا الحكم ، بل وفى تقدير آثاره غير المباشرة وغير الحتمية ، إذ تظل سلطتها هذه قائمة فى اختيار وسائل التنفيذ وتقدير الآثار غير الحتمية للحكم . ففى المثال السابق تملك الادارة الاختيار بين عدة وسائل لتنفيذ الحكم ، فقد ترى ترقية الموظف الذى ترك فى دوره على درجة خالية ، وقد ترى الغاء ترقية من تخطاه لترقيته على درجته ، وقد ترى إنشاء درجة جديدة لترقيته عليها . (١)

هذا وإن التزام الإدارة باصدار القرار الذى رفضت أو امتنعت عن إصداره كنتيجة حتمية لأثر الحكم بالغاء قرار الرفض أو الامتناع ، يسرى بالنسبة إلى كل القرارات ، وسواء أكانت تصدر فى الأصل عن سلطة مقيدة أم عن سلطة تقديرية . فأما عن الأولى فالأمر فيها واضح . وأما عن الثانية وهى القرارات التى تصدر عن سلطة تقديرية ، فان الحكم بالغائها يقطع فى أن رفض إصدارها أو الامتناع عنه كان عملا غير مشروع ، ومن ثم يرتب التزاماً على الادارة بعدم معاودة الامتناع أو الرفض — وهو الالتزام السلبى — كما يرتب التزاماً آخر ايجابياً باصدار القرار الذى امتنعت عن عن إصداره بالمخالفة للقانون وقد سبق بيان ذلك (٢) . غير أن هذا الالتزام لا يقوم الا إذا كان حكم الالغاء مبنياً على أسباب موضوعية . أما إذا بنى حكم الالغاء على أسباب شكلية ، فان الإدارة تسترد بعد الحكم سلطتها

---

(١) وفى ذلك يرى جيليان أن تنفيذ الأحكام الصادره بالالغاء يستتبع اصدار قرارات ادارية تتمتع الاداره بشأنها بقدر من السلطة التقديرية مما يجعلها أقدر من غيرها على بحث ملاءمة اصدار هذه القرارات

Guillien. Administration et juridiction Cours docstorat Caire 1953 p. 213. عن رسالة د . عبد المنعم جيره . ص ٣٢٣ وما بعدها

وتعقيباً على رأى جيليان الأخير تقول أنه ليس للاداره من سلطة فى تقدير التزامها المترتب على الحكم وانما تدور سلطتها التقديرية فى وسائل تنفيذها لهذا الالتزام وهو مالايمسه الحكم .

(٢) وقد أخذت بذلك المحكمة الادارية العليا خاصة بالنسبة إلى قرارات التعيين والترقية وهى تصدر بحسب الأصل — عن سلطة تقديرية . فقضت فى الكثير من أحكامها بأن الحكم بالغاء قرار تخطى فى التعيين أو الترقية يرتب التزاماً على الاداره بتعيين أو ترقية من تخطى فى دوره وسيرد تفصيل ذلك فى الباب الثانى .

فى إعادة إصدار القرار الملغى ، بعد مراعاة قواعد الشكل أو الاختصاص التى كانت مخالفتها سبباً فى الغاء قرارها الأول . ولهذا فان حكم الالغاء لا يرتب فى مثل هذه الحالات أثراً حتمياً بالتزام الادارة باصدار القرار الذى امتنعت عن إصداره .

وعلى هدى ما تقدم فان تحديد الآثار الحتمية المباشرة لحكم الالغاء ، والتى تتمثل فى التزام الادارة باصدار القرار الذى امتنعت عن إصداره ، هو عمل مكمل للحكم ذاته ومن طبيعته ، ولا يحمل حلولا من القاضى محل الإدارة ، كما أنه لا يمس سلطة الادارة فى إصدار القرارات ، أو فى تقدير الوسائل الكفيلة بتنفيذ التزاماتها المترتبة على الأحكام (١) . واذا كان قضاؤنا الإدارى قد جرى منذ نشأته على أن يقرن حكمه بالإلغاء بعبارة « وما يترتب على ذلك من آثار » فليس من شائبة بعد ذلك فى أن يحدد ما يكون من هذه الآثار حتمياً ومباشراً .

أما ما يقال من أن تحديد تلك الآثار الحتمية يثير المشكلات ولا يحقق فائدة(٢) فأمر يدعو إلى التأمل . ذلك لأن عدم تحديد تلك الآثار ، يفتح بطبيعته باب الاجتهاد والخطأ فى استخلاصها ، ويؤدى بالتالى إلى قيام منازعات جديدة

---

(١) اقتربت المحكمة من وجهة النظر هذه فى أحد أحكامها قضت فيه بأنه « إذا كان القاضي الأدارى لايملك أن يحل محل الاداره فى أجراء ماهو من صميم اختصاصها إلا أنه يملك أن يعقب على تصرف الاداره من الناحية القانونية وأن يبين حكم القانون فيما هو متنازع عليه من ذوى الشأن فيضع الأمور فى نصابها القانونى الصحيح وبهذه المثابة أن يبين من هو الأولى قانوناً بالترشيح للترقية وإذا ما أبان ذلك فليس معنى هذا أنه حل محل الاداره فى ترقيته بل مفاده تنبيه الادارة إلى حكم القانون لتجرى الترقية بقرار منها على هذا الأساس وإلا كان قرارها على خلاف ذلك مخالفاً للقانون ١٧/١/٩٥٩ ع/٤ ص ٢٨ وإذا كان هذا الحكم يصور اتجاهاً عاماً لها إلا أنها عادت وبعد أن أوضحت فى أحد احكامها أنه ليس من أثر الحكم اعتبار من صدر لصالحه مرقى بذات الحكم أضافت أنه « وليس للمحكمة أن تلزم جهه الادارة باجراء الترقية فى وقت معين مهما وجد من الدرجات الشاغره » وسوف نعود إلى هذه النقطة بتفصيل أوفى فى الفصل الثانى من الباب الثانى الخاص بتنفيذ الأحكام .

(٢) Weil : Les consequences de l'annulation d'unactel administratif pour axcés de pouvior 1952 p. 62.

ود. ابراهيم شحاته مقاله السابق ص ٢٦٥ وهويرى فى تحديد القاضى لأثار الحكم حلولا منه محلها فى عملها فى حين لايرى فى قيام القاضى بتوقيع الغرامات المالية على الاداره لإكراهها على تنفيذ الحكم تدخلا فى نشاطها . مقاله السابق ص ٢٩٥ .

أثر منازعات قديمة . أما تحديد تلك الآثار فضلا عما فيه من عدم خروج القاضي على حدود وظيفته القضائية وعدم المساس بسلطات الادارة ، فانه يغلق أبواب الاجتهاد واحتمالات الخطأ وتجدد المنازعات . وفى هذا من الفائدة ما يحمل على تأييد هذا المسلك (١) .

الامتناع عن توقيع التهديدات المالية :

وإذا كان القاضى لا يستطيع أن يوجه إلى الادارة أوامر بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه ، فانه لا يستطيع إكراهها على ذلك تحت ضغط التهديدات المالية .

ومن صورها التعويضات التهديدية ، وهى مبلغ من المال يحكم به على على الشخص المدين بالتزام فى حالة عدم تنفيذ التزامه . وهذه التعويضات التهديدية ، وإن اتفقت مع التعويضات العادية فى الأساس الذى تقوم عليه ، وهو تأخر المدين فى تنفيذ التزامه ، الا أنها تختلف عنها من ناحيتين فهى من ناحية تفوق فى قيمتها قيمة الضرر الحقيقى المترتب على عدم تنفيذ الالتزام ، وبالتالى تفوق قيمة التعويض العادى على نحو يفزع المدين ويهدده بخسائر كبيرة فيما لو أصر على عدم التنفيذ . ومن ناحية أخرى فان التعويضات التهديدية موقتة بطبيعتها بخلاف التعويضات العادية ، ويملك القاضى الغاءها أو النزول بقيمتها إذا ما عدل المدين عن عناده وقام بتنفيذ التزامه . ونظام

---

(١) ويرى د. عبد المنعم جبره «أنه لم يعد مقبولا التعلل بمبدأ استقلال الادارة للحيلولة دون تقرير آثار حكم الألغاء والنص عليها فى الحكم . ذلك أن تقرير ولاية الألغاء أساساً لم يعد يتعارض مع هذا المبدأ وفقاً لمفهومه المعاصر وفى تقديرنا أنه ليس ثمة اختلاف جوهرى ذى بين ولاية الألغاء وبين سلطة تقرير آثار ذلك الألغاء التى لاتعدو أن تكون عمليه تابعة للولاية الأصلية» رسالته ص٣٣٦ . وهو يذهب إلى حد ترتيب الحكم لأثاره والأمر بها . وهو ما لا نقصده أو نوافق عليه. وأن رأينا فى تحديد آثار الحكم ينحصر فى تحديد التزامات الادارة المترتبه حتما على الحكم كالتزامها بترقيه الموظف الذى ترك فى دوره . ولسنا نذهب إلى حد ترتيب الترقيه أو الأمر بها وهو ماذهب اليه د. جبره إذ يقول فى ذات المقام «لكل ذلك لا نرى محلا لأن يظل اختصاص القضاء الادارى فى منازعات الألغاء مبتوراً ومنصوراً على تقرير الالغاء ولا يمتد هذا الاختصاص إلى ترتيب آثار الألغاء أو الأمر بها » .

التعويضات التهديدية هو على هذا النحو نظام جزائى يهدف إلى إكراه المدين على تنفيذ التزامه .

وقد يحكم القاضى على المدين بغرامة تهديدية عن كل يوم أو أسبوع مثلا يتأخر فيه عن تنفيذ التزامه . وهذه الغرامة هى صورة كذلك من صور التهديدات المالية لحمل المدين على المبادرة إلى تنفيذ التزامه .

وإذا كان هذا النظام مقرراً فى القانون الخاص ، تقضى به المحاكم العادية ليس فى المنازعات الخاصة التى تقوم بين الأفراد فحسب ، بل وكذلك فى المنازعات الإدارية التى تقوم بين الأفراد والإدارة ، (١) إلا أن القضاء الإدارى لا يقر بسلطته فى توقيع مثل تلك الغرامات التهديدية ، لما تحمله من إكراه الإدارة على تنفيذ أمر ، وما يتضمنه ذلك من مساس باستقلالها .

ولهذا فقد استقر القضاء الإدارى على أنه فى حالة عدم قيام الإدارة بتنفيذ التزاماتها القانونية أو العقدية ، فان سلطته لا تجاوز الحكم بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن عدم التنفيذ ، ولا يملك الحكم عليها بالتهديدات المالية.(٢)

وفى ذلك تقول محكمة القضاء الادارى إن القانون إذ خول هذه المحكمة سلطة إلغاء القرارات الادارية المخالفة للقانون ، قد جعل منها أداة لرقابة تلك القرارات قضائياً فى الحدود التى رسمها ، دون أن يجعل منها هيئة من هيئات الإدارة . وبهذه المثابة ليس للمحكمة أن تحل محلها فى إصدار أى قرار أو أن تأمرها باداء أى أمر معين أو بالامتناع عنه ، ولا أن تكرهها على شىء من ذلك عن طريق الحكم بالتهديدات المالية ، إذ يجب أن تظل للادارة حريتها الكاملة فى اتخاذ ما تراه من قرارات بمقتضى وظيفتها الإدارية ،

---

(١) Waline op. cit. p. 271.

(٢) CE 27—1—933 Le Loir D 933 — 3—132, CE 14-3-1934 Soc Biscutions p. 339.

وفقط تكون تلك القرارات خاضعة لرقابة المحكمة قضائياً إذا وقعت مخالفة لأحكام القانون (١) .

على أنه يمكن القول بأن عدم توقيع الغرامات التهديدية على الإدارة يقوم كذلك بالنسبة للطرف المتعاقد معها ، وان اختلف الأساس فى الحالتين . فالحظر بالنسبة إلى الإدارة يقوم على اعتبار قانونى مستمد من قاعدة الفصل بين الادارة والقضاء . أما الحظر بالنسبة إلى المتعاقد معها فيقوم على أساس عملى . ذلك أن الإدارة تقف فى مواجهة المتعاقد معها فى مركز ممتاز يخولها إياه الشروط الجزائية التى يتضمنها العقد الادارى ، وسلطتها فى التنفيذ المباشر ، بحيث يجوز لها إذا ما قصر المتعاقد معها فى تنفيذ التزامه ، أن تقوم بتوقيع غرامات التأخير عليه وتنفيذها ، كما يجوز لها مصادرة التأمين أو تقوم بنفسها بتنفيذ التزامه على حسابه ، الأمر الذى يغنى الإدارة عن الالتجاء إلى القاضى لاستصدار حكم لإكراهه على تنفيذ التزاماته بالتهديدات المالية .

ومع ذلك فان القضاء الادارى لا يمتنع عن الحكم على الطرف المتعاقد مع الادارة بالتهديدات المالية ، خاصة فى الحالات التى لا يكون فيها للادارة من وسيلة قانونية لإكراهه على التنفيذ إلا باستصدار حكم قضائى (٢) .

المبحث الثانى

حالات تشتبه بالحظر

إذا كانت قاعدة الفصل بين القضاء الإدارى والإدارة العاملة قد اقتضت البعد بسلطة القاضى عن إصدار الأوامر والنواهى إلى الإدارة ، أو الحلول محلها فى عملها ، أو إكراهها على شىء من ذلك بالتهديدات المالية ، فان التطبيقات القضائية قد كشفت صوراً أخرى اقتربت فيها سلطة القاضى من حدود الحظر حتى اشتبهت به ، نعرضها فيما يلى :

---

(٤) ١٩٥٠/٥/١٧ م ع٤ ص ٨٠١ ، ١٩٥٠/٥/٣١ م ٤ ص٦٤٥

(٢) Drago op. cit. III p. 216

التوجيهات القضائية :

قد يحدث فى حالة الحكم بالغاء قرار أن يتضمن الحكم فى أسبابه آثار الالغاء والمراكز القانونية المترتبة عليه ، والنطاق الذى ينبغى أن يدور فيه تنفيذه . ويحدث ذلك بصفة خاصة فى الحالات المعقدة التى تمس مراكز قانونية متعددة ، كتلك التى تترتب على الغاء قرار ترقية يمتد بأثره إلى ما يليه من قرارات تالية ، إذ ينكشف الحكم عن الآثار المترتبة على الالغاء ، دون أن يقضى بها أو يصدر أمراً للادارة بترتيبها (١) .

وفى ذلك تقول المحكمة الادارية العليا انه «إذا كان القاضى الإدارى لا يملك أن يحل محل الادارة فى إجراء ما هو من صميم اختصاصها ، إلا أنه يملك أن يعقب على تصرف الادارة من الناحية القانونية ، وأن يبين حكم القانون فيما هو متنازع عليه بين ذوى الشأن ، فيضع الأمور فى نصابها القانونى الصحيح . وله بهذه المثابة أن يبين من هو الأولى قانوناً بالترشيح للترقية . وإذا ما أبان ذلك ، فليس معنى هذا أنه حل محل الادارة فى ترقيته، بل يفادة تنبيه الادارة إلى حكم القانون ، لتجرى الترقية بقرار منها على هذا الأساس ، وإلا كان قرارها على خلاف ذلك مخالفاً للقانون (٢).

ومن صور ذلك ما قضت به المحكمة الادارية العليا من أنه «إذا صدر حكم لصالح موظف بالغاء قرار الترقية فيما تضمنه من تخطيه فى الترقية ، وكانت قد صدرت قرارات تالية بالترقية قبل أن يصدر حكم الالغاء ، وكان من ألغيت ترقيته بالحكم المذكور يستحق الترقية بدوره فى أول قرار ، فان وضع الأمور فى نصابها السليم ، يقتضى أن يرقى المذكور فى أول قرار تال بحسب دوره فى ترتيب الأقدمية بالنسبة للمرقين فى هذا القرار التالى ، وهكذا بالنسبة إلى سائر القرارات الأخرى الصادرة بعد ذلك . ولما كان

---

(١) CE 26—12 1925 Rodière Rp. 1065 S 925—111—49 Note Hauriou

(٢) ٩٥٩/١٢/٧ ع مجموعة العشر سنوات ص ١١٩٢

حكم الالغاء ، يترتب عليه إلغاء كل ما يترتب على القرار الملغى من آثار في الخصوص الذى انبنى عليه الحكم المذكور ، وعلى الأساس الذى أقام عليه قضاءه ، فان أثر الحكم المذكور يقتضى تصحيح الأوضاع بالنسبة لقرارات التالية ، ذلك أن كل قرار منها يتأثر حتما بالغاء القرار السابق عليه ، مادامت الترقيات فيها جميعها مناطها الدور فى ترتيب الأقدمية عند النظر فى الترقية ، ويترتب على تنفيذ حكم الإلغاء أن تلغى ترقية الأخير فى كل قرار ، ليحل محله فيه الأخير فى القرار السابق ، مادام دوره فى الأقدمية يسمح بترقيته فى أول قرار تال ، مع اسناد ترقية كل من المذكورين إلى التاريخ المعين فى القرار الذى كان يستحق الترقية فيه . وعلى هذا الأساس يستقر الوضع على الغاء ترقية آخر المرقين فى آخر قرار (١) .

ويذهب جانب من الفقه إلى أن القاضى بتحديده لما يجب أن تكون عليه تصرفات الادارة تنفيذاً لحكم الالغاء ، انما يقوم بطريق غير مباشر باكراهها على تنفيذ أحكامه (٢) .

ولسنا نرى فى تلك التوجيهات إكراهاً ولا حلولا ، فهى لا تعدو أن تكون تنبيها للادارة للآثار المرتبطة بحكم الالغاء والمترتبة عليه ، وتحديداً لها ، حين تدعو إلى ذلك ظروف الدعوى ، ويدق استخلاص تلك الآثار ، وحتى لا تقع الادارة — فيما لو تركت دون توجيه — فى خطأ الاستخلاص ، وإصدار قرارات خاطئة مما يستتبع معاودة الطعن فيها ، وهكذا تدور سلسلة من الطعون المركبة كان يمكن توقيها بمجرد إرشاد لا يحمل أمراً ولا حلولا .

---

(١) ١٦/٣/٩٥٧ ع مجموعة العشر سنوات ص ٦٦٩

(٢) يرى فالين أن القاضى حين يوضح آثار الحكم فانما يملى على الادارة سلوكها Waline op. cit p. 270 وأما دراجو فيرى على العكس أن الأمر لايتعلق إلا بمشوره مرتبطة بحكم الألغاء ومؤديه إلى تمام تنفيذة فى كافة آثاره Drago III op. cit p. 98

فى حين يرى بيدل أنه فى هذه الحالات فان القاضى طوع قاعده الفصل دون أن يهجرها Vedel op cit. p. 479

وإذا كنا لا نرى فى حكم القاضى المحدد لالتزامات الإدارة المترتبة عليه ختما ، مساساً باستقلال الإدارة بوظائفها ، فمن باب أولى لا نرى فى بيان هذه الالتزامات فى أسباب الحكم — دون المنطوق — مساساً بذلك الاستقلال .

الأحكام التخييرية :

من التطبيقات المستقرة لمبدأ استقلال الادارة بوظائفها ، أن ولاية القاضى فى دعاوى القضاء الكامل ، وسواء فى مجالات المسئولية لادارية أم العقود الإدارية ، تقف عند الحكم بالتعويض عن الفعل الضار أو الاخلال التعاقدى ، دون أن تجاوز ذلك إلى الحكم على الإدارة بعمل أو الامتناع عنه . ومع ذلك فانه بالنسبة إلى دعاوى المسئولية وفى الحالات التى يكون فيها الضرر مستمراً ، فان القاضى أحياناً لا يحكم على الإدارة بالتعويض فحسب وإنما كذلك بازالة أسباب الضرر ويترکها بالخيار بينهما ، وقد يحكم عليها بتعويض سنوى مثلا إلى أن يتوقف الضرر. كذلك الشأن فى دعاوى العقود ، فان القاضى يفسح للادارة أحياناً خياراً بين أداء التعويض أو تنفيذ التزاماتها التى أخلت بها .

وتبدو هذه الحالات قريبة من حالات التهديدات المالية (١) ووسيلة غير مباشرة لإكراه الإدارة(٢) .

ومع التسليم بقيام وجه شبه بين تلك الحالات ، إلا أنه شبه ظاهرى وليس بحقيقى، ذلك لأنه فى الأحكام التخييرية ، فان القاضى يحكم بالتعويض المتناسب مع الضرر ، وهو قضاء يصدر فى حدود سلطاته المقررة دون تجاوز لها . وكان يمكن أن يقف الحكم عند هذا الحد لتنتهى به المنازعة موضوعاً ، إلا أنه مع ذلك يمنح الادارة حرية فى الاختيار بين أداء هذا التعويض العادل ، وبين إزالة أسباب الضرر ، سواء بازالة الفعل الضار

---

(١) Drago op. cot. III p. 216

(٢) Waline op. cit. p. 271

أو بتنفيذ التزاماتها العقدية . وتلك ميزة يقضي بها لصالحها ، لتراجع — بعد الحكم — موقفها من تصرفها الذى قضى بعدم مشروعيته وبمسئوليتها عن التعويض عنه . وذلك بعكس الحال فى التعويضات التهديدية حيث تقع الادارة تحت ضغط هذه التعويضات وتجد نفسها مكرهة على تنفيذ التزاماتها ، توقياً من أداء تلك التعويضات . ولذلك فانه فى حالات الأحكام التخيرية ، فان الادارة تصادف اختياراً حقيقياً مقرراً لصالحها. أما فى حالات التعويضات التهديدية ، فانها تصادف إكراهاً حقيقياً موجهاً ضدها

ولهذا فان الأحكام التخييرية لا تحمل فى نظرنا إكراهاً مباشراً كان أم غير مباشر ولا تطوى بالتالى اعتداء على سلطة الإدارة . وذلك بعكس الأحكام بالتهديدات المالية فان الإكراه فيها مباشر وسافر .

احلال القاضى للسبب الصحيح محل السبب الخاطىء للقرار :

من القواعد المستقرة قضاء ، أنه اذا استندت الادارة فى إصدار قرارها إلى سبب تبين عدم صحته ، فان القضاء لا يحكم مع ذلك بالغاء القرار متى كشفت أوراق الدعوى عن قيام سبب آخر صحيح يمكن حمل القرار عليه . وهذه القاعدة تسرى بالنسبة لكل القرارات ، سواء أكانت صادرة عن سلطة مقيدة أم سلطة تقديرية ، وسواء أكان الخطأ الذى شاب السبب خطأ فى فهم الواقع أم فى القانون . وهذا الاتجاه القضائى يجد تبريره فى عدم جدوى إلغاء قرار تستطيع الإدارة إعادة إصداره استناداً إلى السبب الصحيح (١)

مثل ذلك ما يقضى به القانون الفرنسى من ترقية مشوهى الحرب بشروط معينة ، منها أن تكون العاهة التى حدثت للضابط بسبب إصابته فى العمليات الحربية وأن يكون قد حصل على رتبة chevalier de la legion d'Honneur وقت صدور القانون . فقد حدث أن رفضت الادارة ترقية أحد الضباط بحجة أن العاهة التى أصابته لم تكن بسبب العمليات

---

(١) Drago op cit. III. p. 50 ود. سليمان الطاوى . القرارات الادارية ص ١٥٠ .

الحربية . فلما طعن فى هذا القرار وأثبت أن هذا السبب الذى استندت اليه الإدارة غير صحيح ، وأن عاهته حدثت بسبب اصابته فى العمليات الحربية ، لم يحكم مجلس الدولة مع ذلك بالغاء القرار ، إذ تبين له أن هذا الضابط لم يكن قد حصل على الرتبة آنفة الذكر عند صدور القانون ، وإنما حصل عليها بعد صدوره ، وبذلك لم تتوافر فى حالته الشروط اللازمة للترقية ، ويكون القرار الصادر برفض ترقيته مطابقاً للقانون (١) .

كذلك حدث أن فصل موظف استناداً إلى المادة ١٣ من الأمر العالى الصادر فى ١٨٩٥/٤/٢٩ التى تسرى أحكامها على المتخلفين عن إبداء أسباب غيابهم خلال الخمسة عشر يوماً التالية لانتهاء أجازتهم . فلما طعن فى هذا القرار ، تبين للمحكمة أن هذا الموظف لم ينقطع عن عمله بعد أجازة حصل عليها ، وإنما انقطع عن عمله بعد انتهاء العطلة الصيفية للمدرسين ، وهى لا تعتبر أجازة ، ومن ثم لا ينطبق فى شأنه أحكام المادة ١٣ آنفة الذكر التى لا تسرى إلا على حالة الموظف الذى ينقطع عن عمله بعد أجازة . ومع ذلك استظهرت المحكمة أن ذلك الموظف يعتبر مستقيلا ، لأنه انقطع عن عمله وتخلى عنه بعد سفره إلى خارج البلاد ، وهو سبب يبرر فصله . وعلى ذلك فانه متى أمكن حمل القرار على هذا السبب الذى كشفت عنه أوراق الدعوى فان ذلك يكفى لصحته . (٢)

كذلك حدث أن جوزى موظف لأنه تدخل فى عمل لا يتصل باختصاصه فلما طعن فى هذا القرار وتبين أن هذا السبب غير صحيح لم تقم المحكمة الإدارية العليا بالغاء القرار ، لما ثبت لها من أن هذا الموظف قد تهاون فى أداء العمل الذى كلف به ، وأن هذا التهاون يسند قرار الجزاء ويبرره (٣)

---

(١) CE 88-6-934 Aurgier R, p. 600 et CE 20—3—930 Carbin.Rp. 325

(٢) ١٩٥٣/٣/٦ م ٢/٧ ص ٧٦٦ ، ١٩٥٣/١٢/٢٤ م ١/٨ ص ٣٢٦

(٣) ١٩٥٨/١/٢٥ ع ١/٣ ص ٦٣٥ .

ويذهب الفقه فى تفسير هذا القضاء ، إلى أن القاضى قد أحل السبب الصحيح محل السبب الخاطىء(١)، وقام باصلاح القرار ليتفادى الغاءه (٢) .

وأيا كان الرأى فى صحة القول بقيام القاضى باحلال السبب الصحيح محل السبب الخاطىء (٣) ، فان هذا الاصلاح لا ينطوى على قيام القاضى باصلاح القرار أو الحلول محل الادارة فى عمل من أعمالها ، متجاوزاً بذلك حدود وظيفته القضائية . ذلك أن عمل القاضى لا يعدو بياناً للسبب الصحيح الذى قام عليه القرار ، دون مساس بالقرار فى وصفه أو مضمونه أو آثاره المترتبة عليه . وقد لا يكون من التجاوز فى كثير تشبيه هذه الحالات بحالات التكييف القانونى نفسه ، وفيها يسبغ القاضى على الحالة أو الواقعة وصفها القانونى الصحيح ، دون تقيد بالوصف الذى خلعته عليها الإدارة . وليس من شبهة فى أنه يقوم بعمل من أعمالها . كذلك الشأن فى رقابة صحة السبب ، إذ أن القاضى مع الابقاء على القرار وعدم المساس به ، يرده إلى سببه الصحيح الذى تكشف له فى أوراق الدعوى ، دون السبب الذى

(١) Waline op cit p. 479 De laubadère op. cit. p. 514
والدكتور سليمان الطاوى النظرية العامة للقرارات الادارية ص ١٥٠ .

(٢) Drago op. cit p. 50

(٣) تقوم نظرية السبب فى الفقة على أنه الحالةأو الواقعة التى تدعو رجل الاداره إلى اصدار القرار . فهى من جانب فكره موضوعية تقوم على الحالة أو الواقعة ومن جانب آخر فكره ذاتية إذ أن هذه الحالة أو الواقعة تؤثر فى رجل الاداره وتدفعه إلى اتخاذ القرار . وقد يتضح عدم صحة بسبب الذى دفع رجل الاداره إلى التصرف ومع ذلك لايقوم القاضى بالغاء القرار إذ ماكشفت الأوراق عن وجود سبب آخر صحيح يحمل القرار . وفى هذا يقول الفقه أن القاضى أحل السبب الصحيح محل السبب الخاطىء . ونرى أن السبب ليس هو الواقعة التى تثير رجل الادارة وتدفعه إلى اصدار القرار وانما يقوم السيب على أية واقعة تبرر القرار ولو لم يتأثر بها رجل الادارة أو حتى يفكر فيها فالسبب فكره موضوعية بحته والقرار يؤخذ فى ذاته فان كان له سبب يبرره كان مشروعاً ولو لم تكن الإداره على بينة به لأن علمها به لاينفى أن للقرار سبباً حقيقياً ومبرراً وأنه اتجه – بفعل السبب – إلى تحقيق غرضه الموضوعى . وهذا يفسر الاتجاه القضائى الذى نحن الذى نحن بصدده دون الالتجاء إلى فكره احلال السبب الصحيح محل السبب الخاطىء (رسالتنا ص٣٧٥ ومابعدها .

احتجت به الإدارة . وفى هذا أيضاً ليس من شبهة فى أن القاضى يقوم بعمل من أعمال الإدارة .

ولهذا لم يكن ثمة مدعاة للتخوف من الافتئات على اختصاص الإدارة أو استقلالها وهو ما تسرب إلى حكم حديث للمحكمة الإدارية العليا عدلت فيه عن قضاء قديم مستقر وذهبت فيه إلى أنه «لا حجة فيما ذهب اليه الحكم الطعون فيه من أن السبب الصحيح لقرار انهاء خدمة المدعى يقوم على قرينة عدم لياقته صحياً ، وأن عدم اللياقة هذه يرتب المشرع عليها إنهاء خدمته . فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٧ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ ، وأن فى فى مكنة المحكمة أن تحل هذا السبب الصحيح محل السبب الباطل الذى بنى عليه القرار «لا حجة فى ذلك لأنه ما كان يسوغ أن يقوم القضاء الادارى مقام جهة الادارة فى احلال سبب آخر محل السبب الذى قام عليه القرار . ذلك أن دور القضاء الادارى يقتصر على مراقبة صحة السبب الذى تذرعت به جهة الادارة فى إصدار قرارها ، ولا يسوغ له أن يتعداه إلى ما وراء ذلك بافتراض أسباب أخرى يحمل عليها القرار» (١) .

وإذا كان ما قدمناه يوضح أن إحلال الصحيح محل السبب الخاطىء لا يؤدى إلى حلول القاضى محل الإدارة ، فان السبب الذى يحله القاضى ليس سبباً ظنياً أو مفترضاً — كما ذهبت المحكمة الادارية العليا — وإنما هو يحل سبباً حقيقياً يقينياً ثابتاً ومستخلصاً من أوراق الدعوى يحمل عليه القرار ، لتكتمل له أسباب الصحة والمشروعية .

أوامر القاضى الى الادارة بتقديم ايضاحات او مستندات .

أحياناً لا يدورمقطع المنازعة فى الدعوى حول تحديد القانون الواجب تطبيقه أو تأويله ، بل يمتد النزاع إلى وقائع يذهب كل من طرفى الخصومة إلى تصويرها تصويراً مختلفاً بل ومتناقضاً مع تصوير الطرف الآخر ، وعلى

---

(١) ١٩٦٧/١٠/١١ السنة ١٣ ص ٦

نحو لا يستطيع معه القاضي تكوين اقتناعه إلا بالإطلاع على المستندات.
ولئن كان الأصل أن البينة على من ادعى وأن على المدعي اثبات دعواه،
إلا أنه غالباً ماتكون تلك المستندات فى حوزة الادارة وتحت يدها، ولا يكون
للمدعي من سيطرة عليها . وقد يعزز المدعي ادعاءاته بظروف محددة
من الواقع تنهض قرائن جدية على صحة تلك الادعاءات ويحتاج معها القاضي
لتثبيت عقيدته إلى إيضاحات من جانب الإدارة أو مستندات لديها :
فى مثل هذه الحالات وغيرها حيث يقدر القاضي الجدية فى طلب الايضاحات
والمستندات ، فانه يقر بسلطته فى اصدار الأمر إلى الادارة بتقديمها .
ولا تستطيع الإدارة رفض تنفيذ هذا الأمر . ومع ذلك فانها إن نكلت عن
تقديم ما طلب منها تقديمه فى الميعاد المعقول الذى يحدد لها ، فان للقاضي
أن يستخلص من هذا الامتناع ما يراه من نتائج ، ومنها التسليم بصحة
ادعاءات المدعي خاصة إذا ما ترتب على امتناع الإدارة استحالة قيام
القاضي بوظيفته فى رقابة المشروعية (١) .

من ذلك أنه إذا تخطى الموظف فى الترقية ، دون أن تعين الوزارة
أسباب هذا التخطى ، وقدم الموظف قرائن تدل على أن تخطيه لم يستند
إلى أسباب تجعله قائماً على أساس صحيح ، فان هذه القرائن تنقل إلى الإدارة
عبء اثبات أن هذا التخطى قام على أسباب صحيحة ، فاذا امتنعت عن نقض
هذه القرائن ، ولم تقدم الملفات المطلوبة ، فللمحكمة أن تقدر فى هذه الحالة
امتناع الحكومة عن نفى تلك القرائن ونكولها عن إثبات الأسباب الصحيحة
لقرارها . ولذلك فانه ما تجد فى الأوراق أى سبب يبرر ترك المدعي
فى الترقية فان قرار التخطى يكون مخالفاً للقانون . (٢) كذلك فانه لما كان
ملف الموظف هو الوعاء الصادق لتصوير حالته ، فانه إذا تبين أن ملفه
نظيف وعمله مرضى لا تشوبه شائبة ، فان هذا يقوم دليلا على عدم وجود

---

(١) Waline op. cit. p. 272, Drago op. cit. III p. 232.

(٢) ٦/٦/٩٥٣ ٣/٧ ص ١٥٨٢ ، ٧/٦/٩٤٩ م٤ ص ٩٣٠

سبب لفصله ، وبذلك ينتقل عبء اثبات قيام هذا السبب إلى عاتق الحكومة ، فاذا لم تفصح الحكومة عن هذه الأسباب اعتبر القرار غير قائم على سبب صحيح يبرره وحق للمحكمة إبطاله(١) .

ويذهب رأى إلى أن سلطة القاضى فى إصدار أوامر الى الإدارة بايداع مستندات ، تحكمها قاعدتان تقفان على طرفى نقيض . فمن ناحية فان مبدأ الفصل بين الإدارة العاملة والقضاء الإدارى يبدو مانعاً دون القاضى واصدار الأوامر إلى الإدارة بتقديم إيضاحات أو مستندات . ومن ناحية أخرى فان القواعد الاجرائية فى تحقيق الدعوى ، تعطى للقاضى حرية واسعة فى توجيه هذا التحقيق طبقاً لتقديره . ولهذا السبب الأخير ، لم يتردد مجلس الدولة منذ زمن طويل ، فى أن يقر لنفسه بالسلطة فى اصدار أوامر إلى الادارة — فى حالات الضرورة — بايداع مستندات خلال نظر الدعوى(٢) .

ولا نرى فى الأمر تنازعاً بين قاعدتين . فالمسألة لا تحكمها إلا قاعدة واحدة ، وهى القاعدة الاجرائية التى تخول القاضى سلطة فى تحقيق الدعوى بما فيها سلطة اصدار الأمر بتقديم المستندات . أما قاعدة الفصل بين الإدارة والقاضى ، فليس ذاك مجالها فى التطبيق . ذلك أنها وإن كانت تحظر على القاضى إصدار أوامر إلى الادارة ، فان مناط هذا الحظر أن ترد تلك الأوامر — بطبيعة الحال — على عمل من أعمالها الإدارية التى تدخل فى صميم اختصاصها الإدارى ، إذ عندئذ يتحقق التعدى على الإدارة العاملة والمساس

---

(١) ٢٠/١/٩٥٥ م٩ ص ٢٥١ ويلاحظ أن المحكمة الادارية العليا وإن تشددت فى استخلاص الدليل المستفاد من امتناع الاداره إلا أنها لم تعترض على سلطة القاضى فى إصدار الأمر إلى الاداره بتقديم مستندات وإيضاحات بل وعلى العكس فانها تعمل بنفسها هذه السلطة وفى ذلك نقول « ومن حيث أن المحكمة استجلاء للحقيقة فى هذا الشأن قررت بجلسة أول مارس سنة ٩٥٨ الإستفسار من الحكومة عن الأسباب المعينة التى دعت إلى فصل المدعى والتى تنتفى معها القرينة المستفاده من خلو ملف المدعى مما يصح أن يكون سبباً لفصله فقد مت الحكومة أخيراً بياناً بهذه الأسباب » حكم فى ١٢/٧/٩٥٨ ع ٧/٣ ص ١٧٢٩ .

(٢) Drago op. cit III P. 232

باستقلالها . وليس هذا شأن الأوامر الصادرة بتقديم مستندات ، فان هذه الأوامر هى من صميم الوظيفة القضائية المرتبطة بتحقيق الدعوى تمهيداً لاصدار الحكم فيها .

المبحث الثالث

حالات تخالف الحظر

رأينا فيما تقدم مدى الحرص الذى يبديه القضاء الادارى فى الحفاظ على استقلال الإدارة ، وفى الامتناع عن القيام بأى اجراء ينطوى على أمرها بالقيام بعمل من أعمالها ، أو الحلول محلها فيه ، أو اكراهها عليه ، وذلك كله التزاماً بمبدأ ارتبط فى نشأته فى فرنسا بظروف تاريخية خاصة ، وهو مبدأ الفصل بين الادارة العاملة والقضاء الادارى (١) .

وإذا كان القضاء الادارى قد ظل مخلصاً فى قضائه لتلك القاعدة ، فان التشريع المصرى خرج عنها فى حالة خول فيها القاضى الادارى سلطة الحلول محل الادارة فى عملها ، وذلك بالاعتراف بالجنسية فى دعاوى الجنسية . كما خرج عنها القضاء فى حالتين هما فسخ العقود الادارية وتحول القرارات الادارية .

الاعتراف بالجنسية .

تتخذ المنازعات التى تدور حول الجنسية عدة صور . فقد تتخذ صورة طعن فى قرار إدارى متعلق بهذه الجنسية ، كالقرار الصادر بسحب الجنسية أو اسقاطها ، أو صورة التعويض عن هذا القرار ، أو تعرض كمسألة أولية ينبغى الفصل فيها قبل الفصل فى الدعوى الأصلية ، وأخيراً

---

(١) سبق أن رأينا أن هذا المبدأ يختلف عن مبدأ الفصل بين السلطات فى مفهومه ونطاقه وأهدافه . وأن هناك من الدول ما تطبق قاعدة الفصل بين السلطات ومع ذلك لاتأخذ بمبدأ الفصل بين الادارة العاملة والقضاء ولهذا يترخص القضاء فيها باصدار أوامر إلى الادارة بل وفى الحلول محلها فى القيام بعملها كما هو الحال فى انجلترا وأمريكا
Waline le controle juridictionnel de l'administration Caire 1949 p. 33

قد تعرض المنازعة حول الجنسية فى صورة دعوى أصلية مستقلة عن أى قرار ، يطلب فيها الفرد الحكم بثبوت جنسيته والاعتراف له بالانتماء إلى جنسية الدولة ، أو عدم الانتماء اليها . وهذه الدعوى الأخيرة هى التى تعنينا فى هذا المقام ، لأن الاعتراف أو الاقرار بالجنسية المصرية لشخص أو عدم الاعتراف بها هو من صميم أعمال الادارة التى تتولاها تنفيذاً للقوانين المتعلقة بالجنسية .

وأيا كان الخلاف فى شأن الاختصاص بالنظر فى الدعاوى الأصلية المتعلقة بالاعتراف أو بثبوت الجنسية قبل صدور القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ بشأن تنظيم مجلس الدولة ، فقد استحدث هذا القانون فى المادة الثامنة حكماً يقضى باختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى وحده بالفصل فى دعاوى الجنسية . وقد حسمت المحكمة الادارية العليا كل خلاف يقوم سواء حول نطاق هذا الاختصاص وشموله ، أم حول مدى اشتراك القضاء العادى معها فيه . فقد قضت بأن «ينفرد مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى بالاختصاص بالفصل فى دعاوى الجنسية ويستهدف المدعى فى الدعوى الأصلية بالجنسية الاعتراف له بتمتعه بجنسية الجمهورية العربية المتحدة ولا يختصم فيها قراراً معيناً صريحاً أو ضمنياً يطعن فيه بطلب الغائه ، وانما يطلب الحكم بثبوت جنسيته المصرية استقلالا عن أى قرار من هذا القبيل»(١)

كما قضت «وثمة الدعوى المجردة بالجنسية وهى الدعوى الأصلية التى يقيمها استقلالا عن أى نزاع آخر أو أى قرار ادارى، أى فرد له مصلحة قائمة أو محتملة وفقاً لنص المادة الرابعة من قانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية فى أن يثبت أنه يتمتع بجنسية الجمهورية العربية المتحدة أو لا يتمتع بها إذا ما أنكرت عليه هذه الجنسية ونوزع فيها أو كان يهمه من الوجهة الأدبية الحصول على حكم مثبت لجنسيته احتياطاً لنزاع مستقبل ويكون الموضوع الأصلى المباشر لهذه الدعوى هو طلب الحكم

(١) ١٩٦٤/١/١٨ ع . مجموعة العشر السنوات ص ٤٠٧

لرافعها بكونه مصرياً أو غير مصرى وتختصم فيها وزارة الداخلية بوصفها الطرف الآخر الذى يمثل الدولة فى رابطة الجنسية أمام القضاء لكى يصدر حكم مستقل واحد يكون حاسماً أمام جميع الجهات وله حجية قاطعة فى شأن الجنسية (١)

وهكذا بات للقاضى سلطة فى الحكم بثبوت أو عدم ثبوت الجنسية وهو عمل بطبيعته من أعمال الادارة حل محلها فيه بمقتضى نص قانونى خاص استثناء من مبدأ الفصل بين الادارة العاملة والقضاء الادارى (٢)

فسخ العقد الادارى :

تملك الادارة بصدد عقودها الإدارية سلطات واسعة ازاء المتعاقد معها تستطيع بمقتضاها اجباره على تنفيذ العقد فى حالة إخلاله بالتنفيذ ، وذلك بإنزال الجزاءات المتعددة التى تملك توقيعها ، كالغرامات المالية ومصادرة التأمين بل والتنفيذ على حسابه . كما تملك بإرادتها المنفردة أن تفرض عليه تعديل بعض شروط العقد ، بل وتستطيع التحكم فى التزاماته التعاقدية — إلى حد ما — بالنقص أو الزيادة ، كذلك تملك فسخ العقد وإنهائه كلما اقتضى الصالح العام ذلك . وهذه السلطات المخولة للادارة تحمها مسئوليتها عن تعويض المتعاقد معها كلما كان المذلك مقتض ، كذلك تعرض قراراتها غير المشروعه التى تصدرها فى هذا الصدد للالغاء (٣) .

وحق الإدارة فى فسخ العقد لخطأ المتعاقد معها ، يقابله حق هذا الأخير

---

(١) المجموعة السابقة ص ١٢٧.

(٢) من معارضى اتجاه المحكمة الادارية العليا فى اختصاصها بالدعوى الأصلية للجنسية د. محسن خليل . القضاء الادارى ورقابته لأعمال الاداره ص ٣٢٦ . ومن مؤيدى الاتجاه المذكور د. سليمان الطاوى القضاء الادارى ورقابته لأعمال الاداره طبعة سنة ٩٦٧ ص ٣٣٢ . ود. مصطفى أبوزيد القضاء الادارى ص ١٥٩ .

(٣) د. سليمان الطاوى . العقود الادارية طبعة سنة ١٩٦٥ ص ٥٥٥

فى فسخه فى حالة وقوع الخطأ من جانبها ، ويقر القضاء الإدارى بسلطته فى إنزال هذا الفسخ كلما قامت أسبابه المبررة من خطأ جسيم ترتكبه الادارة ، كعدولها دون سبب معقول عن المشروع موضوع التعاقد أو تأخرها فى البدء فى تنفيذه تأخراً كبيراً ، أو قيامها بوقف الأعمال موضوع التعاقد مدداً طويلة دون مبرر معقول ، أو لجوئها إلى توقيع عقوبات بالغة الجسامة على المتعاقد معها دون خطأ جدى يبرز تلك العقوبات، فى مثل هذه الحالات وغيرها حيث يكون خطأ الادارة جسيماً فان القاضى يحكم بفسخ العقد فضلا عن تعويض المتعاقد (١)

وسلطة القاضى فى فسخ العقود فضلا عما فيها من خروج على مسلكه الأصيل فى الوقوف عند الحكم بالتعويضات ، تمثل حلولا منه محل الإدارة فى عملها ، وتجاوز لقاعدة الفصل بينه وبينها . وإذا كان من المسلمات أنه لا يجوز للقاضى أن يتولى بنفسه تعديل العقود حتى فى أحوال الظروف الطارئة ، فانه من باب أولى لا يجوز له انهاؤها .

ولا يصدق القياس بين حالات فسخ العقود وحالات إلغاء القرارات ، والقول بأن الفسخ فى العقود يقابل الالغاء فى القرارت ، وأنه كما أن الإلغاء جائز فكذلك الفسخ أيضاً . لا يصدق هذا القياس بين أوضاع مختلفة وغير متماثلة ، ذلك لأن الإلغاء إنما يرد على قرار غير مشروع ، وهو جزاء عدم المشروعية . أما الفسخ فيرد على عقد مشروع ، ومن ثم فليس بجزاء على عدم المشروعية . وإذا كان صحيحاً أن الإدارة قد أخلت بتنفيذ العقد فان التعويض وحده المتدرج فى قيمته ، هو جزاء الإخلال أيا كانت درجة جسامته .

فاذا أضيف إلى ذلك أن العقد هو تعبير عن إرادة الجهة الإدارية ، وأنها تستقل بتقدير ملاءمة الوقت الذى ترى فيه إنهاءه تبعاً لمتطلبات المصلحة

---

(١) المرجع السابق والأحكام المشار اليها فيه ص ٥٦٥ .

العامة ، لتبين أن القاضى بفسخه العقد قد أحل نفسه محل الإدارة فى تقديرها لملاءمة ذلك الوقت ، كما حل محلها فى فسخ العقد الذى هو فى حقيقته قرار إدارى بانهاء العقد تختص الإدارة وحدها بإصداره .

تحويل القرار الادارى :

تقوم فكرة تحول القرار الادارى على أن قراراً صدر باطلا ، ومع ذلك توافق مع عناصر قرار آخر صحيح ، كان من المفترض أن تتجه اليه نية الادارة لو أنها أدركت بطلان القرار الأول . ففى هذه الحالة يحكم القاضى بتحول القرار الباطل إلى القرار الصحيح الذى يتوافق فى عناصره مع القرار الباطل .

وفى ضوء ذلك يشترط لإمكان التحول ، وجود قرار إدارى معدوم أو باطل بطلاناً كلياً ولم يتحصن بفوات مواعيد الطعن . أما البطلان الجزئى فلا يؤدى إلى إعمال التحول ، إذ يستطيع القاضى الغاء القرار الغاء جزئياً ينصب على أجزائه المعيبة ، مع الابقاء عليه فى أجزائه الصحيحة الأخرى ، دون أن تتغير طبيعة القرار الأصلى أو يتحول إلى قرار آخر .

كذلك يشترط توافق القرار الباطل لعناصر قرار آخر صحيح يتحول إليه ، وأن يكون القرار الجديد قراراً آخر غير القرار الباطل ، من نوع آخر ، أو من نفس النوع مع اختلاف المضمون . (١) وعلى ذلك فان ركن المحل هو الركن الذى يمكن أن يرد عليه الاختلاف بين القرار الباطل والقرار الصحيح . ويتمثل فى هذا الركن امكان اختلاف الآثار التى تترتب على التصرف الجديد عن الآثار التى يمكن أن يرتبها القرار الباطل لو كان

(١) د. أحمد يسرى . تحول القرار الادارى . مجلة مجلس الدولة السنة الثامنة والتاسعة والعاشره ص ٩٠ ويقول أن المطلوب هو توافق العناصر التى يقوم عليها القراران فليس من المطلوب اطلاقا أن يحتوى القرار الباطل على عناصر القرار الجديد ويتضمنها . فى حين يذهب رأى عكسى إلى أنه يشترط لتحول القرار الباطل أن يتضمن العناصر اللازمة لصحة القرار الذى يراد أن يتحول اليه (د. رمزى الشاعر . تدرج البطلان فى القرارات الادارية ص ٣٩٣ .

صحيحاً . وذلك على خلاف أركان الشكل والاختصاص والسبب فيجب أن توافق هذه الأركان التى تضمنها القرار الباطل — وكانت فى ذاتها سليمة — عناصر القرار الجديد حتى يكون صحيحاً وصالحاً لأن يتحول اليه القرار الباطل (١) .

وأخيراً فإن التحول يستكمل شروطه ، إذا تبين للقاضى الإدارى أن الادارة كان يمكن أن تتجه إلى هذا القرار الجديد لو كانت تعلم ببطلان القرار الأصلى . وليست هذه الارادة المطلوبة لامكان التحول إرادة حقيقية والا كان هذا القرار الجديد نتيجة لهذه الإرادة ، ولا يكون ثمة تحول ، وإنما تحقيق لإرادة قامت فعلا . ولذلك فان الارادة التى يجب توافرها لإعمال التحول ، هى إرادة افتراضية يكونها القاضى الإدارى من العناصر التى تقوم أمامه فى الدعوى ، والتى تبرز امكان قيام هذا الافتراض . فهى الإرادة التى كان يمكن أن تقوم لدى جهة الادارة فى وقت إصدار القرار الباطل ، لو كانت قد علمت بالبطلان الذى شاب قرارها (٢)

وقد أخذت المحكمة الادارية العليا بنظرية التحول وأعملتها فى قضائها . ففى إحدى الدعاوى كانت بلدية القاهرة قد قامت بتعيين أحد العاملين فى وظيفة «براد سريتش» بعد امتحانه فيها واتضاح لياقته لها ، وفى وقت تبين للمحكمة أنه لم يكن يوجد بميزانية البلدية مثل تلك الوظيفة التى تم تعيين المدعى فيها . وفى ذلك قضت المحكمة بأنه «لايمكن والحالة هذه حمل التعيين على تلك الوظيفة وإلا كان القرار معدوماً ، لأنه لا يصادف عندئذ محلا ، وإنما كل ما هو مقدور قانوناً للابقاء على القرار ، أن يحمل التعيين على الوظيفة الموجودة فعلا وقتذاك بالميزانية ، وهى وظيفة «عامل تليفون» تلك الوظيفة التى رشح لها المدعى ولما صدر القرار نيط به فعلا

---

(١) د. رمزى الشاعر المرجع السابق ص ٣٩٧ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٩٩ .

القيام بها فيتحول القرار بذلك من الانعدام إلى ما يصححه على مقتضى العناصر التى تقيمه قانوناً» (١)

وهكذا حول القضاء القرار المعدوم بتعيين العامل فى وظيفة براد سويتش إلى قرار صحيح بالتعيين فى وظيفة عامل تليفون ، وأقامه على عناصر تتوافق معه فى القرار المعدوم .

ومثل هذا القضاء هو فى حقيقته تعديل للقرار الأصلى ، وليس أدنى فى بيان هذا التعديل من أن القرار الجديد يختلف فى محله ومضمونه عن القرار الأصلى وفيما يرتبه من آثار . فالقراران مختلفان ، بل أن هذا الاختلاف أساس فى نظرية التحول . إذ لو تطابقا فى المحل والآثار ، ما قام التحول أصلا ولم يكن ثمة ما يدعو اليه . والفرض أن محل القرار الأصلى معيب بعيب يبطله أو يعدمه . فلو قام القرار الجديد الذى يحله القاضى على ذات المحل لكان بدوره باطلا أو معدوماً .

وبذلك فان تعديل القرار الأصلى وإيا كان مداه والعناصر التى يقوم عليها التوافق — هو أساس فى إعمال التحول . وبهذا تختلف حالات التحول عن حالات احلال السبب الصحيح محل السبب الباطل . إذ بينما تتناول الحالات الأولى القرار بالتعديل فى مضمونه وآثاره ، فان الحالات الأخرى لا تمس القرار بالتعديل فى مضمونه أو آثاره . ولهذا نرى أن عمل القاضى فى تحويل القرار الباطل إلى صحيح يشكل تعديلا حقيقياً للقرار ، ولا نرى فى عمله باحلال السبب الصحيح محل السبب الخاطىء ما ينطوى على مثل ذلك التعديل .

وليس صحيحاً بعد ذلك القول بأن القاضى فى إعمال التحول إنما يستند إلى إرادة حقيقية للجهة مصدرة القرار ، وأن عمله فى التحول إنما هو تفسير للقرار الذى أصدرته ، وكشف عن ارادتها الحقيقية فيه ، أزال ما شابها من غموض . ليس صحيحاً ما تقدم ، ذلك أنه لو اقتصر عمل القاضى حقاً

---

(١) ١٩٥٩/٣/٢١ غير منشور مشار اليه فى مقال د. أحمد يسرى . المرجع السابق .

على تفسير القرار الأصلى ، لكان هذا القرار صحيحاً منذ صدوره ، هو لما مقرر من أن التفسير لا يخلق بذاته جديداً من ناحية،كما أنه يرتد إلى القرار المفسر منذ صدوره من ناحية أخرى . وتلك النتيجة — وهى صحة القرار منذ صدوره — تتناقض مع نظرية التحول التى تقوم على أساس قرار منعدم أو باطل ، كما تتنافر مع منطق القانون ، لأنه ما دام القرار صحيحاً فقد تعين إعماله ولم يعد للنظر فى تحوله من محل .

لكل ما تقدم فان فى تحويل القرار الباطل إلى القرار الصحيح تعديلا لذلك القرار وخروجاً على السلطة المقررة للقضاء الادارى فى الرقابة ، وهو خروج يجد مبرره فى إسعاف القرارات المنعدمة أو الباطلة ، وإنقاذها من هاوية الزوال ، متى أمكن أن تتوافق بعض عناصرها مع عناصر قرار صحيح ، وذلك حفاظاً على المراكز القانونية التى تعلقت به من الانهيار التام

الفصل الثانى

إمتناع القضاء الادارى عن تقدير ملاءمة الأعمال الادارية

من المستقر فقهاً وقضاء أن القاضى الإدارى هو قاضى مشروعية ، وأن رقابته للأعمال الإدارية هى رقابة قانونية ، تجد حدها الطبيعى عند التحقق من مدى مطابقة القرارات الإدارية وموافقتها لأحكام القوانين واللوائح ، دون مجاوزة ذلك إلى مجالات التقدير الحر التى تتركها القوانين للادارة تعمل فيها سلطتها بحرية واستقلال . هذه السلطة التى تملكها الادارة فى التقدير هى ما تسمى بالسلطة التقديرية ، كما أن تقديرها الحر ووزنها لمناسبات عملها هو ما يسمى بالملاءمة .

وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا «إن نشاط القضاء الادارى فى وزنه للقرارات الادارية ينبغى أن يقف عند حد المشروعية أو عدمها فى نطاق الرقابة القانونية ، فلا يجاوزها إلى وزن مناسبات القرار وغير ذلك مما يدخل فى نطاق الملاءمة التقديرية التى تملكها الإدارة بغير معقب عليها فيها (١) .

وتجرى المقابلة عادة بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة ، باعتبار أنه فى الأولى يخول القانون الادارة سلطة فى تقدير ملاءمة عملها ووزن مناسباته ، أما فى الثانية فتتقيد سلطة الادارة بقاعدة آمرة لا تملك إزاءها وزناً ولا تقديراً ، وما عليها الا النزول عندها وتنفيذ مقتضاها .

كذلك تجرى المقابلة بين الملاءمة والمشروعية ، باعتبار أن عناصر الأولى لا تمتد اليها رقابة القاضى ، ويكون التقدير فيها للادارة خالصاً دون

---

(١) ٥/١١/٩٥٥ ع مجموعة العشر سنوات ص ١١٩١ .

معقب عليها من القضاء ، بينما تخضع عناصر الثانية للرقابة ، يسلط عليها القاضى حكم القانون للتعرف على مدى مشروعيتها .

وسنستعرض كل فكرتين متقابلتين فى مبحث واحد . ذلك لأنه فضلا عن أن مواجهة الأفكار المتقابلة والجمع بينها فى صعيد واحد يهيىء لها مزيداً من الوضوح المتبادل ، فان الفكرتين الأولتين — السلطة التقديرية والسلطة المقيدة — تجمعان كل صور السلطات التى تملكها الإدارة ، كما تجمع الفكرتان الأخريتان — الملاءمة والمشروعية — كل صور الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية . ومن خلال هذه وتلك تستبين عناصر الملاءمة التى يمتنع على القاضى — احتراماً للسلطة التقديرية للادارة — ارتيادها ويلتزم بالوقوف عند مشارفها .

المبحث الاول

السلطة المقيدة والسلطة التقديرية

السلطة المقيدة .

يتحدد قيام السلطة المقيدة بوجود قاعدة قانونية آمرة ، تلزم الادارة باتخاذ قرار معين كلما توافرت شروط معينة . فحريتها معدومة ، وما عليها الا أن تتحقق من قيام الشروط القانونية لتتخذ القرار الذى فرضه القانون (٢) .

---

(١) وفى ذلك يقول ميشو أن اختصاص الادارة يكون مقيداً كلما كان عليها أن تتخذ قرارات فرضها القانون مقدماً . فمهمتها قاصرة على تطبيق القانون على الحالات التى تصادفها بمجرد أن تتحق أسبابها

Michoud Etude sur le pouvoir discretionaire de l'administration R.G A. 1914—9

ويرى جيرو أن الأختصاص المقيد يقوم فى الحالات التى لا يترك فيها القانون للادارة أية حرية فى التقدير بل يفرض عليها بنص آمر التصرف الذى ينبغى اتخاذه . فهى تشبه فى هذه الحالات عامل المسرح الذى يلتزم بأن يجلس كل متفرج فى مكانة المحدد له

Giraud. Etude sur le pouvoir discretionnaire R.D.P. 1924—193

أما بونارد فيقول أن الاختصاص يكون مقيداً عندما يرتب القانون أو اللائحة التزاما

ولا شك أن تقييد سلطة الإدارة على هذا الوجه ، يمثل أكبر ضمان لحريات الأفراد ومراكزهم القانونية ، وبه تبلغ الحماية القانونية لهذه الحريات والمراكز ذروتها . إذ كلما قيد القانون الإدارة فى استخدام سلطتها ، كلما أمن الأفراد عسفاً محتملا لهذه السلطة ، وعنتاً غير مأمون الجانب . وكلما أفسح لها فى الحرية ، كلما انفتح الباب للتعسف والإنحراف .

ومن أمثلة أحوال السلطة المقيدة ما يقضى به القانون من ترقية الموظف إلى الدرجة التالية إذا أمضى فى درجته مدة محددة سلفاً، وإعفاء المواطن من التجنيد متى وجد فى حالة من الحالات الاجتماعية التى حددها كأن يكون وحيد أبويه ، والقيد فى نقابة المحامين متى استوفى الطالب الشروط القانونية المطلوبة . ففى هذه الحالات ، تلتزم الادارة باجراء الترقية وبالاعفاء من التجنيد وبالقيد فى الجدول ، متى توافرت شروطها المحددة قانوناً ، دون أن تملك فى ذلك أية حرية فى التقدير أو الاختيار .

على أن تقييد سلطة الإدارة بالقواعد الآمرة ، لا يعنى القضاء على كل احتمال لاصدار قرارات غير مشروعة ، إذ أن مخالفة الادارة للقانون وخروجها على أحكامه ممكنة دائماً ، وغاية الأمر أن الكشف عن هذه المخالفة يكون فى هذه الحالات سهلا ميسوراً ، وما على ذوى الشأن إلا إثبات توافر الشروط التى تطلبها القانون ، دون أن يكون للادارة رد الدعوى بالتعالل بحريتها فى التقدير ، أو التستر وراء سلطتها فى الترخص ووزن الملاءمة.

على الاداره بالتصرف أو عدم التصرف على وجه معين وفى وقت معين . ففى الاختصاص المقيد يفرض على الإداره العمل الملائم ولاتترك قاضياً لملاءمة نشاطها

Bonnard. le cotrole juridictionnetl de l'administration p. 58

ويرى فالين أن اختصاص الاداره يتقيد عندما تلزم قانوناً باتخاذ قرار ما عند توافر شروط معينه فالقانون يملى عليها سلوكها Waline op cit p. 450

ولا يختلف لوبادير عن هذ الرأى إذ يقول أن السلطة المقيده توجد كلما كانت الاداره إزاء ظروف معينه من الواقع ملزمة باتخاذ قرار ما فليس لها الخيار بين عده قرارات ممكنة وانما يكون سلوكها محدداً سلفا بالقاعده القانونيه .De laubadère op cit p. 232

ومما ينبغى إبرازه فى هذه الحالات من السلطة المقيدة، أنه ليس للادارة أى حظ من الحرية فى تقدير إصدار القرار متى توافرت أسبابه الموجبه لإصداره ، بل إن تقييد السلطة فى هذه الحا لات ما شرع إلا لإعدام هذه الحرية فى ظروف قدر فيها المشرع أن وجه المصلحة العامة الذى يتوخاه يتحقق حتما باصدار القرار الذى حدده عند توافر الأسباب التى نص عليها . ولذلك فانه وقد أعمل سلطته فى التقدير الكامل لهذه الحالات التى يصدر فيها القرار ، حرم الادارة من سلطتها فى التقدير التى يتركها لها عادة كلما تسلب هو عن إجراء هذا التقدير ، أو عجز عنه لاعتبارات تتعلق عادة بكون الحالات والوقائع التى يمكن أن تسبب القرار وتدعو إلى اصداره ، تبدو له متعددة ومتشعبة ، ومن العسير عليه تصورها أو الاحاطة بها مقدماً ، حتى يجعل منها معياراً قانونياً وشرطاً لاصدار القرار . ولذلك فان أحوال السلطة المقيدة ترتبط دائماً بالتقدير الكامل من جانب المشرع للحالات التى يصدر فيها القرار ، فى ضوء الغرض المحدد الذى يبغى تحقيقه ، والذى يقدر أنه يتحقق حتماً باصدار القرار متى توافرت تلك الحالات .

السلطة التقديرية :

وبعكس حالات السلطة المقيدة ، يمكن القول بصفة عامة ، بأن السلطة التقديرية تقوم فى كل الحالات التى تتصرف فيها الادارة بحرية دون أن يكون نشاطها محدداً سلفاً بقاعدة قانونية . (١)

ولذلك فان مصدر السلطة فى التقدير ، هو كما لاحظه ايزنمان تخلف التحديد الآمر والملزم للنشاط أى عدم التحديد فى التنظيم القانونى . فكل قاعدة لا تحدد تماماً العمل الذى يجب على الإدارة اتخاذه ، تعتبر مصدراً من مصادر السلطة فى التقدير (٢)

---

(١) Micoud op cit p. 9

(٢) Eisenmann Cours de droit administratif 1949 1950 p. 429 وهو يقصد بالقاعده كل قاعده قانونية أياكان مصدرها القانون أو القضاء ويمثل هذا الرأى ذهب دوبسيون إلى أن=

وعلى ذلك فاذا كانت حالات السلطة المقيدة تتحدد بطريقة إيجابية ، وتقوم كلما عين القانون الأسباب ، وفرض القرار الواجب اتخاذه عند توافرها ، فان السلطة التقديرية تتحدد بطريقة سلبية ، وتقوم كلما سكت المشرع عن هذا التنظيم ، وترك الإدارة حرة فى اتخاذ القرار الذى تراه .

ولكن ما هو العنصر أو العناصر التى يسكت المشرع عن تنظيمها ويتركها أحياناً لتقدير الإدارة ؟

بالرجوع إلى عناصر القرار الادارى التى لم تعد تثير اليوم خلافاً فى الفقه العام ، يبين أن عنصر الاختصاص هو دائماً محل للتنظيم القانونى ، إذ لا يترك القانون للادارة أية حرية فى تحديد اختصاصها . وبالمثل فان الغرض مرسوم دائماً ، وسواء أكان منصوصاً عليه صراحة فى القانون ، أم مستخلصاً منه ضمناً ومستفاداً من طبيعة السلطة ، وسواء أكان غرضاً عاماً يتمثل فى المصلحة العامة أم غرضاً محدداً ومخصصاً ، فان الغرض محدد

= السلطة التقديرية هى عدم التحديد فى التنظيم القانونى

Dubisson La distinction entre la legalité et l'opportunté dans la theorie du recours pour excés de pouvoir p. 55

وبعكس ذلك يقول لويز رودو أن السلطة لتقديرية ليست كما كانت قديماً تظهر عند تخلف القاعده القانونية . فالقانون يضع القواعد العامه التى تخضع لها الاداره ولا يمنحها السلطة التقديرية إلا عندما يعجز عن الذهاب بعيداً فى تنظيمه . وبذلك فان السلطة التقديرية ليست كما كانت قديماً تمارس على هامش القانون وانما هى حرية تقدير القانون لأنها تعتمد عليه . فهى ليست على هامشه وانما داخل حدوده ,

Lopez Rodo. Le pouvoir discretionnaire. Evolution doctrinal et jnridictionnelle R.D.P. 933—572

وفى الواقع فان الاختلاف فى رأى المؤلف ليس إلا اختلافا ظاهرياً لأنه إذا كانت السلطة التقديرية تظهر عند عجز القانون عن التنظيم فان هذا لايختلف كثيراً عن القول بأنها تظهر عند تخلف هذا التنظيم

(١) وإذا كانت هذه السلطة تتعدد أحيانا بحيث يكون للاداره أن تختار من بينها الأجراء المناسب الأهمية الأسباب التى تواجهها فان هذه الحرية وهى ترتبط بتقدير أهمية السبب تدرس عاده مع دراسة ركن السبب لا المحل .

دائماً ، ويقوم قيداً على كل أعمال الادارة ولا تقوم أية سلطة تقديرية بالنسبة للغرض (١) .

فاذا كان كل من الاختصاص والغرض منظماً بالقانون ومرسوماً سلفاً بالقاعدة القانونية ، فما هي إذن العناصر التى تسقط من حساب التنظيم القانونى وتشير إلى قيام السلطة التقديرية ؟

لا يبقى الا عناصر الشكل والسبب والمحل . فاذا ما وضع فى الاعتبار أن عنصر الشكل لا يرتبط بقواعد المشروعية الموضوعية وان الرقابة على بعض عناصر المحل تتداخل فى الرقابة على السبب على ما سوف نرى ، فان بونارد يكون على حق ، حين يقول أن السلطة التقديرية تقوم كلما أغفل القانون أن يحدد على وجه الدقة الأسباب motifs ، أى حالات الواقع أو القانون التى تمارس فيها الادارة سلطتها (٢) .

ومن أمثلة سلطة الادارة التقديرية سلطتها فى تقدير الكفاءة العلمية لأعضاء هيئة التدريس بالجامعات كشرط لازم للترقية ، وحريتها فى تقدير الأسباب المبررة لإبعاد الأجنبى ، أو تحويل مدرسة ابتدائية إلى مدرسة اعدادية

وعلى ذلك فان عدم التحديد القانونى لعناصر الشكل والسبب والمحل هو مصدر قيام أوسع السلطات التقديرية للادارة .

حالات وسطى يجتمع فيها قدر من التقييد مع قدر من التقدير :

رأينا أن حالات السلطة المقيدة تتميز بقيام التزامين فى جانب الإدارة :

---

(١) وفى ذلك يقول دى لوبادير

en matiere du but it n'y a pas jamais de pouvroir discretionaire

المرجع السابق ص ٢٧٤ . كذلك بونادر المرجع السابق ص ١٩١ وموجزه عن القانون الادارى طبعة سنة ٩٣٥ ص ٢٢٨ .

(٢) يراجع بونارد المرجع السابق ص ١٩٥ والدكتور فؤاد مهنا – دروس فى القانون الادارى جزء ص ٢١١

كذلك Venezie. Le pouvoir discretionnaire p. 24

فهى ملزمة بمراعاة توافر أسباب معينة ، وملزمة باتخاذ قرار معين إذا ما توافرت هذه الأسباب. كما تتميز حالات السلطة التقديرية بتحرر الإدارة من هذين الالتزامين . فلا هى ملزمة بمراعاة أسباب معينة ، ولا هى ملزمة باتخاذ قرار معين أو باتخاذه أصلا .

على أن مسلك المشرع فى تنظيم استخدام السلطة سواء بتقييدها أو اطلاقها على ذلك النحو ، إن كان لا يخلو من فوائد فهو لا يخلو كذلك من المضار . فتقييد السلطة وإن كان يمثل أكبر ضمان لحريات الأفراد وحقوقهم ، إلا أنه من ناحية أخرى يشل نشاط الادارة ويقتل فيها روح التصرف ، ويجعلها أشبه بالآلة الصماء تتحرك بلا إرادة ولا حرية ، وهو أمر يتنافر مع طبيعة الحياة الادارية ، وما تقتضيه ادارة الموافق العامة من منح القائمين عليها قسطاً من الحرية فى التصرف والتدبير .

كذلك فان إطلاق السلطة وإن كان يفسح للادارة ذلك القسط المنشود من الحرية فى التصرف ، وفى معالجة الحالات العديدة المتنوعة التى تصادفها فى إدارتها المستمرة للمرافق العامة ، إلا أنه يهيىء أمامها الفرصة لإساءة استخدام هذه السلطة ، والتعسف بها وتسخيرها فى غير ما أعدت له ، الأمر الذى يهدد حريات الأفراد ومصالحهم .

ولهذا فانه كثيراً ما يختط المشرع نهجاً وسطاً فى تنظيم استخدام السلطة بين التقييد الكامل والإطلاق التام. فيقيد سلطة الادارة من ناحية ، ويطلقها من ناحية أخرى . وإذ ذكرنا أن تقييد السلطة يكون بالزام الادارة بمراعاة أسباب معينة ، وبالزامها باتخاذ قرار معين عند توافر هذه الأسباب ، وأن اطلاق السلطة يكون بتحرير الادارة من هذين الالتزامين ، فان حالات التنظيم الوسط بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية ، يكون بالزامها بأحد هذين الالتزامين وتحريرها من الالتزام الآخر . ولذلك فانه يقيدها بأسباب معينة ويتركها حرة فى اتخاذ القرار أو عدم اتخاذه عند قيامها . ولا يتصور التنظيم العكسى ، أى لا يتصور أن يتركها القانون حرة

فى تقدير الأسباب ، ثم يقيدها بضرورة اتخاذ قرار معين ، لأن حريتها فى تقدير الأسباب تقتضى حتماً منحها حرية فى اتخاذ القرار أو عدم اتخاذه حسبما يسفر عنه تقديرها لتلك الأسباب ، أما تقييدها بأسباب معينة فيمكن أن يقترن بحريتها فى اتخاذ القرار أو الامتناع عنه حسب تقديرها .

وعلى ذلك فان الحالات الوسطى تقوم كلما أجاز القانون للادارة اتخاذ القرار عند قيام أسباب معينة أو عدم اتخاذه . فهى حرة فى التدخل أو الامتناع عند قيام هذه الأسباب ، ولكنها لا تستطيع التدخل إلا إذا قامت هذه الأسباب .

مثل ذلك سلطة الادارة فى الترقية . فانها مقيدة بضرورة وجود وظائف خالية للترقية اليها ولكن خلو هذه الوظائف لا يلزمها باجراء الترقية وانما تستطيع ارجاءها إلى الوقت الذى تراه مناسباً . كذلك فان سلطتها فى نزع الملكية مقيدة بقيام منفعة عامة ، ولكن قيام هذه المنفعة لا يلزمها بضرورة اتخاذ تدابير نزع الملكية ، وانما هى حرة فى تقدير ملاءمة التصرف فى الوقت المناسب له .

وإذا كان ما تقدم جميعه يشكل الصور المختلفة لسلطات الإدارة فى اصدار قراراتها فقد آن أن نعرض صور الرقابة التى تجرى على هذه القرارات ، ولنكشف من خلالها مجالات الملاءمة التى يمتنع القضاء الادارى عن رقابتها ، احتراماً لسلطة الادارة فى ممارستها لوظائفها الادارية .

المبحث الثانى

المشروعية والملاءمة

إن الاختصاص المقيد يرسم بمجموعة العناصر التى يرد عليها نطاق المشروعية فى كل قرار ، وهذا النطاق يخضع للرقابة القضائية . وهى رقابة قانونية ينزل فيها القاضى حكم القانون ، ولا تمثل تسلطاً منه على الادارة أو تدخلا فى عملها . ذلك لأن الادارة خاضعة فى نطاق المشروعية لقاعدة

قانونية ، تحدد لها كل أو بعض عناصر سلوكها ، ورقابة القاضى تمثل منهجاً للتحقق من مشروعية هذا السلوك ، وليست وصاية على هذا السلوك وإن من مصلحة الإدارة أن تكسو المشروعية سلوكها تحقيقاً لسيادة القانون .

وبالمثل فان السلطة التقديرية ترسم بمجموعة العناصر التى ترد عليها نطاق الملاءمة فى كل قرار . وهذا النطاق باعتباره متروكاً بمقتضى قاعدة قانونية لتقدير الادارة ، يفلت من كل رقابة قضائية . فليس للقاضى أن يقوم مقام الادارة فى وزنها وتقديرها لعناصر الملاءمة فى عملها، وإلا يكون قد قام بعمل من صميم اختصاصها وحل محلها فيه . كما لا يجوز له أن يصلح طبقاً لتقديره ما يراه ملائماً أو أكثر ملاءمة ، وإلا يكون قد تصرف كرئيس إدارى أعلى . وفى الحالتين يكون قد جاوز اختصاصه الوظيفى بالقيام بالأعمال الادارية،واعتدى بذلك على مبدأ الفصل بين القضاء الاذارى والادارة العاملة .

وبهذا ترتبط المشروعية بحالات الاختصاص المقيد ، كما ترتبط الملاءمة بحالات السلطة التقديرية . وتبدو فكرتا المشروعية والملاءمة متداخلتان فى كل قرار إدارى بل وتتنازعان الحدود فيه . فكلما اتسعت حدود المشروعية فى القرار ، ضاقت حدود الملاءمة فيه . وبالعكس أيضاً ، فان حدود الملاءمة لا تتسع إلا لتضيق بالتبعية حدود المشروعية . ويرتبط بذلك كله رقابة القاضى التى تمتد وتنكمش تبعاً لا تساع وضيق حدود المشروعية. وتبدأهذه الرقابة فى كل الأحوال،ن حيث تبدأ حدود المشروعية، وتنتهى من حيث تبدأ حدود الملاءمة .

وإذا كانت القاعدة التى تحظر على القاضى التدخل فى حدود الملاءمة جامدة لا تقبل دفعاً ولا استثناء ، فان حدود هذه الملاءمة ليست حدوداً جامدة ، وانما هى حدود مرنة طيعة تتسع حيناً لتجور على حدود المشروعية ، وتضيق أحياناً لتجور عليها حدود المشروعية .

وقد يبدو هذا القول متناقضاً مع ما سبق بيانه من أن القاعدة القانونية

هى التى تحدد عناصر التقييد والتقدير فى كل قرار ، وبالتالى ترسم حدود المشروعية والملاءمة فيه ، بما يوفر لهذه الحدود من الثبات والاستقرار ما بقيت القاعدة القانونية قائمة. إلا أن تصور هذا التناقض لايقوم الا بتجاهل دور القاضى الإدارى فى إنشاء وتقرير وتفسير القواعد القانونية .

ذلك أن القاعدة القانونية ليست هى القاعدة الوضعية وحدها ، بل هى كل قاعدة قانونية تستقى من مصادرها المختلفة . وإذا كان التشريع الوضعى هو أول مصادر القواعد القانونية وأقواها مرتبة — بما فى ذلك الدستور — فان القضاء له دوره الممتاز فى خلق القواعد القانونية وفى الكشف عنها . كذلك له دوره فى تفسير القواعد التشريعية ، بما يحدد مضمونها ونطاقها الحقيقى فى ضوء ما يستخلصه من الإرادة الضمنية للمشرع .

ولذلك فانه فى ضوء قاعدة قانونية معينة ، قد تبدو سلطة الإدارة وكأنها مقيدة وخاضعة لمبدأ المشروعية ، إلا أنه بتداخل القاضى بتقرير المبادىء القانونية العامة وبالتفسير ، قد تضحى تلك القاعدة مصدراً للسلطة التقديرية تضم عناصر من الملاءمة تفلت من رقابة القاضى . والعكس صحيح أيضاً ، فقد تبدو السلطة تقديرية فى ضوء قاعدة معينة ، وإذا بها تنقلب بتداخل القاضى إلى سلطة مقيدة داخلة فى نطاق المشروعية وخاضعة للرقابة القضائية .

وهكذا فان ظاهر السلطات المستمدة من القاعدة القانونية ، قد يتقلب بفعل القاضى بين التقييد والتقدير ، وتتغير بالتالى الحدود الفواصل بين المشروعية والملاءمة ، وتتأثر بالتبعيه الرقابة القضائية فى مداها ضيقاً واتساعاً .

على أن ذلك لا ينهض أساساً للقول بأن القاضى الإدارى يقوم مع القاعدة القانونية مصدراً للتقييد والتقدير فى السلطات الإدارية ، بل أن القاعدة القانونية لا تزال هى المصدر الوحيد لتلك السلطات، التقديرية منها والمقيدة ، ولا يعدو عمل القاضى أن يكون تفسيراً أو تقريراً للمضمون

الحقيقى للقاعدة ، وكشفاً عن طبيعة السلطة التى تملكها، الإدارة، مقيدة كانت أم تقديرية ، وبالتالى تحديد نطاق كل من المشروعية والملاءمة (١) وفى ذلك تذهب المحكمة الإدارية العليا إلى أن تعيين الحد الفاصل بين النطاقين مما يخضع لرقابة المحكمة (٢).

ونستعرض فيما يلى الحالات التى تدور فيها الملاءمة وهى تنحصر على النحو السابق ايضاحه فى عناصر الشكل والسبب والمحل.

الشكل :

١ — قد ينص القانون على اتباع اجراءات أو أوضاع أو إفراغ القرار الادارى فى أشكال معينة . وعندئذ تتقيد سلطة الادارة بضرورة احترام هذه الأشكال ، وإلا كان قرارها باطلا وغير مشروع .

من ذلك أن المادة ٨ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ توجب سماع أقوال الموظف وتحقيق دفاعه قبل توقيع الجزاء عليه ، ومن ثم يكون باطلا كل جزاء يوقع على موظف لم يواجه بالتهمة المنسوبة اليه ولم تسمع أقواله عنها ولم يحقق دفاعه فيها (٣) . كذلك فان ما نص عليه ذلك القانون من عرض الترقيات على لجنة شئون الموظفين «فذلك أمر لازم يترتب على إغفاله إهدار الضمانات التى كفلها القانون من إيجاد اللجنة المذكورة بجانب الوزير .. مما يعيب القرار ويبطله » (٤) كذلك فان قواعد تشكيل مجالس التأديب من النظام العام ومن ثم « فان تشكيل المجلس الابتدائى بغير بغير عضوية موظف من درجة مدير عام من مصلحة الرى التى يتبعها

---

(١) وعلى عكس هذا الرأى يرى البعض أن التشريع ليس بالمصدر الوحيد للسلطة المقيده بل هناك سلطة مقيده أيضاً بواسطة القاضى نفسه De Laubadère op. cit. p. 217 فى حين يذهب فالين إلى أن القاضى يضع تلك القواعد ولكنه لايخلقها فهو يستخلصها من مجموع التشريع ومن روحه Waline. Etendue et limites du controle du juge administratif sur les actes de l'administration CE Etudes & Doc. 1956 Fisc 10 p. 25

(٢) ٥/١١/٩٥٥ ع مجموعة العشر سنوات ص ١١٩١ .

(٣) ٩/٣/٩٥٤م/ص ٩٠٠

(٤) ١٩/٢/٩٥٣م/ ص ٥١٦

المدعى يؤدى إلى بطلان هذا التشكيل وبالتالى بطلان جميع الاجراءات التى صدرت منه » (١) .

٢ — وإذا لم يقيد القانون سلطة الإدارة باتباع أشكال معينة ، فان سلطتها فى هذا الشأن تكون تقديرية ، وتعدو حرة فى اتباع ما تراه من أشكال دون أن تخضع فى ذلك لرقابة القضاء .

وإذا كانت هذه هى الصورة العامة فى الاختصاصات الادارية، المقيدة والتقديرية فيما يتعلق بعنصر الشكل وما توجبه من اخضاع الأولى دون الثانية للرقابة القضائية ، فان هناك استثناءات ترد عليها فى شقيها .

٣ — إذ تقوم حالات تظهر فيها سلطة الإدارة وكأنها مقيدة بمقتضى القاعدة بأشكال معينة ، ومع ذلك يحلها القاضى الإدارى من هذا القيد ، ويطلق سلطتها فى هذا الشأن ، فتغدو تقديرية بعد أن كانت تبدو مقيدة .

من ذلك ما ينص عليه قانون هيئات الشرطة من تسبيب القرار الصادر بتخطى الضابط فى الترقية . ورغم ما يوحى به ظاهر النص من أن سلطة الادارة مقيدة بضرورة احترام هذا الشكل — وهو تسبيب القرار — فان المحكمة الادارية العليا قضت بأنه «إذا أطلق القانون للادارة الاختيار فى الترقية فان قرارها والحالة هذه لا يحتمل من التسبيب إن كان التسبيب فى مثل هذه الحالة لازماً إلا إلى الإشارة بأنه لم يقع الاختيار عليه لشغل تلك المناصب الرئيسية (٢) » وبهذا تكون المحكمة قد أطلقت سلطة الإدارة فى التسبيب أو عدم التسبيب ، لأن الإشارة فى القرار إلى عدم وقوع الاختيار عليه فى الترقية إنما هى فى الواقع مضمون القرار وفحواه وليس تسبيباً للقرار(٣) كذلك أعفى القضاء الادارى سلطة الإدارة من التقيد بالإشكال التى ينص

---

(١) ١٩٥٧/٢/٢٠م ١١ ص ٣٠٢٤ .

(٢) ١٩٥٨/٧/١٢ ع٣ ص ١٧٥١ .

(٣) يراجع فى نقد هذا الحكم . د. سليمان الطاوى . القضاء الادارى ص ٥٧٩ .

عليها القانون فى كل الحالات التى يقدر فيها أن هذه الأشكال ليست بالجوهريه(١)، وبذلك أضحت سلطة الادارة تقديرية فى اتباع تلك الأشكال أو عدم اتباعها : من ذلك ما قضى به من أنه «إذا كان المشرع قد تطلب عرض الكشوف لمدة أسبوع فى مقر العمدية وفى الأماكن المطروقة فى القرية دون تعيين هذه الأماكن ، مستهدفاً بذلك تمكين سكان القرية من تقديم طلباتهم بالقيد فى هذه الكشوف أو الحذف منها ، فان إقتصار العرض على مقر العمدية وهو فى المقام الأول من الأمكنة التى نص المشرع على أن يحصل فيها العرض ، لايستتبع بطلان هذا العرض (٢) : كذلك كذلك قضى بأنه «وان كانت المادة ٤٦ من اللائحة التنفيذية لقانون نظام موظفى الدولة تقضى بأن يصدر قرار التحقيق متضمناً الشخص الذى يقوم بالتحقيق والمسائل المطلوب تحقيقها ، إلا أن عدم ذكر هذه البيانات لا يترتب عليه البطلان لأنها بيانات غير جوهرية ؛ » (٣) كما قضى بأن ما نص عليه قانون التوظف من الزام لجنة شئون العاملين باعداد تقارير كفاية الموظفين فى شهر مارس من كل عام لا يترتب عليه « بطلان قرار اللجنة إن لم يصدر فى هذا الشهر بالذات» (٤) .

٤ — وإذا كان ما تقدم صور لحالات تبدو فيها سلطة الإدارة وكأنما كانت مقيدة بالشكل ثم انقلبت إلى تقديرية ، فان هناك حالات أخرى عكسية ، تبدو فيها السلطة وكأنها تقديرية ، ثم تنقلب بفعل القاضى إلى مقيدة . فقد حكمت محكمة القضاء الادارى بأن «خلو لائحة الطرق

(١) وفى هذا تقول المحكمة الادارية العليا أن القرار الادارى لا يبطل لعيب شكلى إلا إذا نص القانون على البطلان عند اغفال هذا الاجراء أو كان هذا الإجراء جوهرياً فى ذاته بحيث يترتب على اغفاله بطلان القرار بحسب مقصود الشارع (٩٥٧/١١/٢٣ مجموعة العشر سنوات ص ١١٧٦) .

(٢) ٩٥٤/١/٢٧ م ٨ ص ٥٢٤

(٣) ٩٥٧/٤/٢٤ م١١ ص ٣٧٣ .

(٤) ٩٥٧/١١/٢٣ ع٣ ص ٧٤ .

الصوفية من الأحكام التفصيلية لسير الدعوى التأديبية ، ليس معناه أن الأمر فيها يجرى بغير أصول أو ضوابط ، إذ يجب توفير الاطمئنان لذوى الشأن ، وتمكين كل منهم من رد الاتهام الموجه اليه ، كحق أصيل له من حقوقه العامة . ولما كان شيء من ذلك لم يتبع فى شأن المدعى .. فان القرار الصادر من المجلس الصوفى الأعلى بفصله من مشيخة الطريقة المحمدية الشاذلية يكون قد صدر مخالفاً للقانون حقيقاً بالالغاء (١) كما قضى بأن ثمة «قاعدة مستقرة فى الضمير تمليها العدالة المثلى ولا تحتاج إلى نص يقررها ، وهى أن من يجلس مجلس القضاء يجب ألا يكون قد كتب أو استمع أو تكلم حتى تصفو نفسه من كل ما يمكن أن يستشف منه رأيه فى المتهم ، بما يكشف لهذا الأخير مصيره مقدماً بين يديه ، فيزعزع ثقته فيه ، أو يقضى على اطمئنانه اليه . ومتى قام وجه عدم الصلاحية لنظر الدعوى امتنع على القاضى الاشتراك فى الحكم ، وإلا لحق عمله البطلان .. وهذه القاعدة تنطبق عن طريق القياس الصحيح على النظام التأديبى لطلاب الجامعات ، وان خلت لائحة نظامهم الدراسى والتأديبى من نص خاص بالتنحى ، ومن ثم تبطل محاكمة الطالب تأديبياً لعيب جوهرى فى الشكل إذا ما اشترك فيها عضو سبق له أن باشر عملا من أعمال التحقيق فى التهمة موضوع المحاكمة» (٢) .

وهكذا تواجه الإدارة عنصر الشكل فى القرار بسلطة مقيدة حيناً، وتقديرية حيناً أخرى . كما يواجه القاضى الادارى القاعدة القانونية التى تنظم ذلك الشكل ، بالتفسير المضيق حيناً ، والموسع حيناً أخرى ، بما يؤثر فى كل من دائرة المشروعية والملاءمة ، وبالتالى فى نطاق رقابته التى تنبسط دائماً على دائرة المشروعية ، وتنحسر دائماً عن دائرة الملاءمة ، باعتبارها من إطلاقات الإدارة تعمل فيها تقديرها بحرية واستقلال، بعيداً عن رقابة القضاء .

---

(١) ٣١/١/٩٥٦ م١٠ ص ١٨٥ .
(٢) ٢٤/٣/٩٥٦ ع١ ص ٦١٣ .

السبب :

نظراً لتعدد العناصر الداخلة فى فكرة السبب وأهميتها ، ولأنها هى المحور الرئيسى للرقابة القضائية على كل قرار ، وفيها تبدو مجالات المشروعية والملاءمة متجاذبة متنازعة فيما بينها على الرقابة القضائية ، فانا نؤثر رغم ما تدعو اليه اعتبارات المقال من الايجاز أن نعرض لفكرة السبب أولا فى حالات السلطة المقيدة ، ثم فى حالات السلطة التقديرية ، حتى لا تتشابك هذه الحالات فى موضوع هو بطبيعته على قدر من الدقة .

(أولا) حالات السلطة المقيدة : فى هذه الحالات يقيد القانون من سلطة الادارة ، ويلزمها بعدم اتخاذ قرارها إلا إذا قامت الأسباب التى نص عليها . ويجرى القضاء على أن هذه الأسباب باعتبارها عنصراً من عناصر المشروعية ، تخضع لرقابته للتحقق من صحتها من الناحية الواقعية ومن الناحية القانونية . أما أهمية هذه الأسباب ومدى تناسبها مع القرار المتخذ ، فالأصل ألا يتدخل القاضى الإدارى فى تقديرها ، باعتبارها من عناصر الملاءمة المتروكة لسلطة الادارة التقديرية ، إلا إذا نص القانون على أهمية الأسباب باعتبارها شرطاً من شروط المشروعية ، فحينئذ تمتد الرقابة إلى هذه الأهمية .

هذه الحدود للرقابة القضائية خضعت لبعض استثناءات فى كافة أشطارها ، مالت بهذه الرقابة إلى التوسع تارة وإلى الضيق تارة أخرى ، وانعكست بآثارها على دائرة الملاءمة المتروكة لتقدير الادارة ، والتى تنكمش باتساع الرقابة القضائية وتتسع بانحسار هذه الرقابة (١) .

١ — فأما عن الرقابة على صحة الأسباب من الناحية المادية ، فالقضاء فى هذا الشأن مضطرد وغزير . ففى مسائل العمد يشترط القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٣٩ فى المرشح للعمدية أن يكون مقيماً بدائرته الانتخابية ،

---

(١) نحن لا ننكر أن مدى رقابة القاضى ضيقاً أواتساعاً هى نتيجة لاتساع نطاق الملاءمة وضيقها فى كل قرار وليست سبباً له . ومع ذلك لانغفل أيضاً أن نطاق الملاءمة لايستقر إلا بعد إنزال الرقابة القضائية .

فاذا ما رفضت الادارة قبول ترشيح أحد الأشخاص لعدم إقامته فى الدائرة التى رشح نفسه فيها وطعن فى هذا القرار ، فان القضاء يتحقق من واقعة الإقامة (١) .

وبالنسبة للقرارات المقيدة للحريات ، فان القضاء يتثبت من قيام حالة التهديد بالاضطراب كشرط لمشروعية القرار . فاذا تبين للمحكمة أن الشخص كان يعمل لصالح الانجليز ضد المصريين ، واستغل حماية الانجليز له بالشركة وأساء معاملة المصريين وقام ببذر الشقاق والتفرقة ، فان الاجراء الذى اتخذه القائد العام للجيش بتحديد إقامته يكون قد أملته ظروف الحالة (٢) . كذلك فان كثرة سوابق الشخص وخطورتها تبرر اعتقاله ، ولو كانت العقوبة قد سقطت فى بعضها ، ورد اعتباره فى البعض الآخر ، لأن العبرة فى هذا الصدد هى بماضى الشخص وما اشتهر عنه (٣) .

وبالنسبة للقرارات المتعلقة بمراكز الموظفين فانها زاخره بالأمثلة التى يراقب فيها القضاء صحة الأسباب وأهمها مسائل التأديب . فهو يتحقق من صحة ارتكاب العامل للمخالفة المنسوبة اليه . وقضاؤه مستقر على أن الإدانة يجب أن تكون مستمدة من مصادر ثابتة فى الأوراق ، ومستخلصة استخلاصاً سائغاً يؤدى إلى النتيجة التى انتهى اليها القرار . فاذا جوزى الموظف استناداً إلى ما ثبت لدى الادارة من تلاعبه فى درجات الامتحان ، وتبين أن هذه الادانة قد استندت إلى مصادر ثابتة فى الأوراق استخلصت منها النتيجة التى انتهى اليها القرار استخلاصاً سائغاً ، فان القرار يكون قد جاء سليما (٤) . وعلى العكس إذا كان الجزاء قد وقع على الموظف لما نسب اليه من حصول عجز فى عهدة الخشب ، وتبين للقاضى مما ورد

(١) ٩٤٧/١٢/٨ م٢ ص ١١٨

(٢) ٩٥٤/٢/١ م ٢/٨ ص ٥٧٩ .

(٣) ٩٥٥/١١/١ م ١٠ ص١٧ ، ٩٥٦/١١/٢٧ م١١ ص ٦٤ .

(٤) ٩٤٨/١/٢٨ م٢ ص ٢٨٣ .

فى التحقيقات أن هذا العجز راجع إلى تهشم الأخشاب وتفتتها بسبب سقوط سقف المعسكر ، كان ما نسب إلى الموظف وجوزى من أجله غير قائم على أساس من الصحة ، ومن ثم يكون القرار المطعون فيه والحالة هذه قد جاء مخالفاً للقانون (١) .

وإذا كان القضاء الادارى يتحقق على النحو المتقدم من صحة الحالات والوقائع التى يشترط القانون قيامها كسبب للقرار ، فانه فى أحوال أخرى يخرج عن هذه القاعدة ، ليمتنع عن إجراء هذه الرقابة فى بعضها ، أو يتخفف منها فى البعض الآخر ، تاركاً للادارة كامل السلطة أو قسط منها فى تقدير صحة هذه الوقائع .

ا — فهو يمتنع عن رقابة الوقائع كلما تعلقت بمسائل فنية موضوعية . وعلى ذلك قضى بأن اختيار البقع التى ترد عليها قرارات نزع الملكية هو أمر تقديرى من شئون الوزارة ، تصدر فيه عن خبرة وفن وعن اختصاص صحيح ، وليس للمحكمة أن تعقب على هذا الاختيار من الناحية الموضوعية (٢) كما وأن تقدير درجات الامتحان هى مسائل موضوعية خاضعة للتقدير العلمى والفنى للجنة الامتحان (٣) . كذلك فان تقدير الأبحاث العلمية المبتكرة والأعمال القيمة اللازمة كشرط للترقية إلى أستاذ مساعد ، هو مما تترخص فيه السلطات الجامعية ، لأنه من النواحى الفنية الموضوعية المتروكة لتقديرها(٤) . ولا سبيل إلى الجدل فى الدرجة الحقيقية التى تستحقها المدرسة ، باعتبارها من الشئون الفنية التى تستقل بها وزارة المعارف (٥) . كذلك فان القومسيون الطبى العسكرى هو الجهة

---

(١) ٢/٣/٩٤٨ م٢ ص ٤٢١ .
(٢) ٢٩/١١/٩٥٣ م٩ ص ٤٠٨
(٣) ٢٤/١٢/٩٥٤ م٩ ص ١٠٥ .
(٤) ١٣/٦/٩٥٩ ع٤ ص ١٥١٤
(٥) ٢٥/٤/٩٥١ م٥ ص ٩٠٩

الرسمية التى ناط بها المشرع توقيع الكشف الطبى على المقترعين وتقرير لياقتهم أو عدم لياقتهم العسكرية ، ورأيه فى ذلك من الوجهة الطبية الفنية هو الرأى الأخير بلا رقابة عليه من القضاء (١) .

وإذا كان القضاء لا يتصدى لرقابة صحة الأسباب الفنية ويتركها لتقدير الادارة ، فانه يراقب الظروف التى انبعث عنها هذا التقدير ، والعناصر التى أقيم عليها ، فان كانت سليمة فقد سلم تقدير الادارة ، وإلا كان التقدير فاسداً لفساد الظروف والضوابط التى أقيم عليها (٢) . كما أنه يراقب صحة قيام الحالة الفنية ذاتها كالحالات المرضية ، إذا ما تعلق بها قرار مقيد للحريات العامة ، مثل القرارات الصادرة بحجز المرضى بمستشفى الأمراض العقلية (٣) .

ب – وفى أحوال أخرى لا يتسلب القاضى الإدارى عن رقابته على صحة قيام الواقعة مادياً ، وانما هو يتخفف من هذه الرقابة ويحد منها ، وقد برز هذا القضاء خاصة فى مسائل تأديب الموظفين ، وبمناسبة إعمال رقابته على الوقائع المادية المنسوبة إلى الموظف ارتكابها . وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا «وللقضاء الإدارى فى حدود رقابته القانونية أن يراقب صحة قيام هذه الوقائع ... وهذه الرقابة لا تعنى أن يحل القضاء الإدارى نفسه محل السلطات التأديبية المختصة فيما هو متروك لوزنها وتقديرها ، فيستأنف النظر بالموازنه والترجيح فيما يقوم لدى السلطات التأديبية المختصه من دلائل وبينات وقرائن أحوال إثباتاً أو نفياً فى خصوص قيام أو عدم قيام الحالة الواقعية أو القانونية التى تكون ركن السبب ، بل إن هذه السلطات حرة فى تقدير تلك الدلائل وقرائن الأحوال ، تأخذها دليلا إذا اقتنعت بها وتطرحها إذا تطرق الشك إلى وجدانها . وإنما الرقابة التى للقضاء الإدارى

---

(١) ١٩٥٧/٥/٢٤ م ١١/٢ ص ٤٢٨

(٢) ١٩٥١/٤/٥ م٥ ص ٨٢٦ ، ١٩٥٨/٣/١٤ م ١٢ ، ١٣ ص ٨٣ .

(٣) ١٩٥٩/٦/٢٧ ع٤ ص ١٦٢٢

فى ذلك تجد حدها الطبيعى كرقابة قانونية فى التحقق مما إذا كانت النتيجة التى انتهى اليها القرار التأديبى فى هذا الخصوص مستفادة من أصول أو اثبتها السلطات المذكورة وليس لها وجود ، وما إذا كانت النتيجة مستخلصة استخلاصاً سائغاً من أصول تنتجها مادياً أو قانوناً» (١) وهذا القضاء الذى لازالت تردده المحكمة الادارية العليا فى أحكامها ، يبعث على التفرقة بين قيام الدليل على الواقعة ، وبين الاقتناع به . فالدليل ينبغى أن يكون له أصل ثابت فى الأوراق ومستساغ عقلا . فان قام هذا الدليل فلا جناح على الإدارة إن هى اعتمدت عليه وركنت إليه . وعلى ذلك فان رقابة القضاء لا تنصب مباشرة على مدى امكانية الاقتناع بالدليل ، وانما هى تنصب على قيام الدليل ذاته ، وهو سند الاقتناع وأساسه . فان توافر هذا الدليل بعناصره ، وركنت اليه الادارة كانت النتيجة التى خلصت اليها — فى قيام الواقعة — مستخلصة استخلاصاً سائغاً من الأوراق (٢) .

وهكذا تتجلى دائرة المشروعية والملاءمة بالنسبة إلى تقدير ماديات الأسباب التى يحددها القانون كشرط لمشروعية القرار . فرغم أن هذا التقدير يعتبر من عناصر المشروعية الخاضعة للرقابة ، فان القاضى اقتصر فى رقابته على ما كان منها غير متصل بمسائل فنية ، وبذلك خرجت الوقائع المتصلة بمسائل فنية من دائرة المشروعية ، لتنساب إلى دائرة الملاءمة المتروكة لتقدير الادارة . وحتى بالنسبة للمسائل الأولى التى مد القاضى رقابته اليها فانه وقف عند حد التحقق من قيام الدليل عليها ، وبذلك انساب الاقتناع بالدليل إلى دائرة الملاءمة التقديرية للادارة .

وبهذا يكون القاضى قد أخلى للادارة مكاناً للتقدير فى مجال كان يبدو طبقاً للقاعدة خاضعاً لرقابته .

---

(١) ١٩٥٧/٢/١٦ ع٢ ص٥٢٦ ، ١٩٥٨/١٢/٦ ع٤ ص١٠٣

(٢) يراجع تعليقنا على هذا الحكم تحت عنوان « حدود الرقابة القضائية على صحة السبب فى القرار الادارى . مجلة العلوم الادارية السنة الرابعة العدد الثانى ص ١٢٩ .

٢ — بعد أن يتحقق القاضى من صحة الواقعة فى الحدود المتقدمة ينزل عليها حكم القانون ، لمعرفة مدى مطابقتها له . وفى ذلك قد يلجأ إلى تكييف الواقعة أو تفسير القانون أو اليهما معاً .

فأما عن تكييف الواقعة فمن أمثلتها رقابة القاضى على الوصف القانونى للأبنية ، وما إذا كانت تعتبر قانوناً معدة للخيرات أو الصدقة فتعفى من عوائد الأملاك المبنية من عدمه (١) . وما إذا كان طلب الاستقالة المقدم من الموظف قد صدر عن إكراه أفسده من عدمه (٢) . كذلك فان مسائل التأديب غنية بالأمثلة التى يراقب فيها القاضى صحة تكييف الفعل الثابت صدوره من الموظف ، وما إذا كان يعتبر قانوناً مخالفة تأديبية تسوغ الجزاء . فمثلا إن ذكر الموظف وقائع غير صحيحة فى الدعوى التى أقامها على الادارة ، هو من مقتضيات الدفاع وطبيعة المنازعات ولذلك فلا محل لمؤاخذته عنه (٣) . أما تجاوزه حدود الدفاع إلى ما فيه تحد لرؤسائه أو التطاول أو التمرد عليهم ، فانه يعد اخلالا بمقتضيات وظيفته (٤).

وأما بالنسبة إلى تفسير القانون فان القاضى يراقب صحة التفسير الذى ذهبت اليه الادارة لأن الخطأ فى تفسير القانون يؤدى إلى الخطأ فى تطبيقه على الواقعة . فمثلا قضت المحكمة بأن الإنقطاع عن العمل الذى يترتب عليه قانوناً اعتبار الموظف مستقيلا ، هو الإنقطاع الإختيارى ، وعلى ذلك فانه إذا تغيب الموظف عن عمله لأمر خارج عن إرادته بسبب القبض عليه ، فلا يصح اعتباره منقطعاً وبالتالى مستقيلا (٥) . كذلك فان حظر الزواج من غير مصرية ، الذى فرضه القانون على أمناء المحفوظات أسوة بأعضاء السلك السياسى والقنصلى ، واعتبار الموظف الذى يخالف ذلك مستقيلا من وظيفته

---

(١) ٩٥١/٦/١٢ م٥ ص ١٠٥٣

(٢) ٩٥٥/١١/٥ ع١ ص ٣٣ .

(٣) ٩٥٢/٢/١٣ م ٢/٦ ص ٤٥٠

(٤) ٩٥٣/٢/١٤ ع ١/٣ ص ٤٠٢

(٥) ٩٥٣/١/١٤ م ٢/٧ ص ٣١٢

هو واجب لصيق بالوظيفة يقع على عاتق من يضطلع بها ، يستوى فى ذلك أن يكون اضطلاعه بها عن طريق التعيين فيها ، أو بطريق الندب لها ، ولهذا فان المنتدب لتلك الوظيفة يتحمل بهذا الواجب طوال مدة ندبه شأنه فى ذلك شأن المعين على حد سواء ، فان أخل بهذا الواجب وتزوج من أجنبية أثناء فترة ندبه ، فان القرار الصادر باعتباره مستقيلا يكون صحيحاً لقيامه على سبب صحيح (١) . كذلك فان التشوهات المرضية بأحد القدمين التى يترتب عليها الإعفاء من الخدمة العسكرية تنصرف إلى كل تشويه ولو لم يكن من أثره إعجاز القدم عن أداء وظيفتها . وإذ قامت بالمجند حالة من حالات هذا التشويه ، فان القرار الصادر بتجنيده يكون مخالفاً للقانون (٢) .

ومع ذلك فان هذه الرقابة التى يجريها القاضى الادارى على تكييف الواقعة ليست مطلقة . إذ يمتنع عن التصدى لتكييف الواقعة كلما تعلقت بمسائل فنية . من ذلك ماقضى به من أن اعتبار إبتكار ما تطبيقاً جديداً لطرق أو وسائل معروفه أم لا ، يرجع إلى تقدير الجهات الفنية المختصة ، وليس للقضاء الإدارى أن يعقب عليها فى هذا الأمر الفنى الذى هو من صميم اختصاصها (٣) .

وعلى ذلك فان تكييف الوقائع يتدرج فى دائرة المشروعية الخاضعة لرقابة القضاء ، فيما عدا الوقائع المتصلة بمسائل فنية فان تكييفها يرتبط بعناصر الملاءمة التى تستقل الإدارة بتقديرها .

٣ ــ وإذا كان تقدير الوقائع والأسباب التى ينص عليها القانون كشرط لمشروعية القرار يشمل تقدير صحتها من الناحية الواقعية وصحة تكييفها من الناحية القانونية ، فانه يشمل كذلك تقدير أهميتها . والقاعدة المستقرة

---

(١) ٥/ ٤/ ٩٥ ع ٣ /٢ ص ١٠٦٣ .
(٢) ١٤/ ٤/ ٩٥٣ م ٧ /٢ ص ٨٧٦ .
(٣) ٣٠/ ١/ ٩٦٠ ع ٥ ص ٢٧٢ .

فى هذا الشأن أن القاضى الإدارى لا يراقب أهمية الواقعة إلا إذا قضى القانون صراحه أو ضمناً بأن تكون على درجة معينة من الأهمية أو الخطورة .

ومن أمثلة ذلك ما ينص عليه قانون موظفى الدولة من اعتبار الموظف مستقيلا إذا انقطع عن عمله مدة معينة ولم يبد عذراً مقبولا لهذا الانقطاع . وفى مجالات تطبيق هذه القاعدة فان القاضى لا يقف برقابته عند حد رقابة قيام العذر ، بل ويراقب كذلك ما إذا كان هذا العذر مقبولا يبرر انقطاعه عن عمله دون اذن (١) . كما يقضى القانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٤٧ بأن يكون العمدة ملماً بالقراءة والكتابة . ويتأكد القاضى الادارى من أن المام العمدة بالقراءة والكتابة على درجة من الكفاية يتحقق معها مقصود الشارع من وجوب توافر هذا الشرط . (٢) كذلك فان المادة الرابعة من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٤١ الخاص بانشاء نقابة الصحفيين تشترط فيما تشترطه للقيد فى جدول النقابة أن يكون الطالب حاصلا على شهادة دراسية عالية من مصر أو الخارج ، أو أن يكون على درجة من الثقافة التى تقتضيها مهنة الصحفى . وتتحقق المحكمة من توافر درجة الثقافة هذه ، وما إذا كانت تستفاد من أعداد المجلة التى قدمها الصحفى للتدليل على ثقافته (٣) .

وإذا كانت القاعدة المقررة على الوجه المتقدم ، أن تقدير أهمية الوقائع وملاءمتها للقرار المتخذ هو من الملاءمات المتروكة لتقدير الادارة ، وأن القاضى لا يتدخل فى تقدير هذه الأهمية إلا إذا استوجب القانون أن تكون الواقعة على درجة من الأهمية ، أى إذا كانت أهمية الواقعة شرطاً من شروط المشروعية فى القرار ، فان القضاء الإدارى خرج على هذه القاعدة ومد رقابته إلى أهمية الوقائع فى طائفتين من القرارات كانت تبدو فيها هذه الأهمية ، فى ضوء القواعد القانونية ، عنصراً من عناصر الملاءمة الخاضعة لسلطة الإدارة التقديرية .

---

(١) ٩٥٣/٥/٢٤ م ٣/٧ ص ١٣٨٩ .
(٢) ٩٥٠/٥/١٦ م٤ ص ٨٠٠
(٣) ٩٥٣/٢/٧ م ٢/٧ ص ٤٤٣ .

والطائفة الأولى تشمل القرارات المتعلقة بالحريات العامة . وفى ذلك تقول محكمة القضاء الادارى انه «إذا كانت الادارة تملك فى الأصل حرية وزن مناسبات العمل ، وتقدير أهمية النتائج التى تترتب على الوقائع الثابت قيامها ، والتى من أجلها تتدخل لإصدار قرارها ، إلا أنه حينما تختلط مناسبة العمل الادارى بمشروعيته ، ومتى كانت هذه الشرعية تتوقف على حسن تقدير الأمور خصوصاً فيما يتصل بالحريات العامة ، وجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره ، فلا يكون العمل الإدارى عندئذ مشروعاً إلا إذا كان لازماً . وهو فى ذلك يخضع لرقابة المحكمة فاذا ثبت جدية الأسباب التى بررت هذا التدخل ، كان القرار بمنجاة من أى طعن . أما إذا اتضح أن هذه الأسباب لم تكن جدية ، ولم تكن لها الأهمية الحقيقية ما يسوغ التدخل لتقييد الحريات العامة ، كان القرار باطلا»(١).ومن تطبيقات ذلك قضت محكمة القضاء الادارى بأن إجراءات الاعتقال وتحديد الاقامة يجب ألا يلجأ اليها إلا عند الضرورة القصوى التى يستعصى فيها اللجوء إلى الاجراءات العادية ، لما فى ذلك من مساس بالحرية الشخصية . فاثراء الشخص مثلا وما تثيره المباحث العامة من شكوك حوله فى هذا السبيل لا يسوغ استعمال السلطة فى الاعتقال وتحديد الاقامة (٢) . وبالمثل فان الأسواق وهى ميادين لحرية التجارة لا يجوز إغلاقها إلا لأسباب خطيرة تتعلق بالأمن العام . ولذلك فانه ليس من الضرورى تعطيل السوق الذى لا يدار إلا يوماً واحداً فى الأسبوع ، لقيام حادث بين قبيلتين ، لا سيما وقد انقضى أكثر من سنة ونصف منذ وقوع هذا الحادث دون أن يتم الصلح بين القبيلتين (٣)

وأما الطائفة الثانية فتتعلق بالقرارات التأديبية . وقد تقلب القضاء

---

(١) ١٩٥٣/٤/٢٩ م ٣/٧ ص ١٠٢٧ ، ١٩٥٦/٣/٢٥ م ١٠ ص ٢٥٨ .
(٢) ١٩٥٦/١/١٣ م ١٠ ص ١٢٨ .
(٣) ١٩٥٣/١/٢٢م ٢/٦ ص ٣٤٠

فيما يتعلق بتقدير أهمية المخالفة المنسوبة إلى الموظف ومدى تناسبها مع الجزاء الموقع عليه من أجلها كل منقلب ، إلى أن استقر على فرض رقابته على تلك الأهمية . وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا «ولئن كانت للسلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الادارى وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها فى ذلك ، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة شأنها شأن أية سلطة تقديرية أخرى ألا يشوب استعمالها غلو . ومن صور الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الادارى وبين نوع الجزاء ومقداره . .. وعلى هذا الأساس يعتبر استعمال سلطة تقدير الجزاء فى هذه الصورة مشوباً بالغلو فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية ومن ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة . ومعيار عدم المشروعية فى هذه الصورة ليس معياراً شخصياً ، وإنما هو معيار موضوعى ، قوامه أن درجة خطورة الذنب الادارى لا تتناسب البته مع نوع الجزاء ومقداره . وغنى عن البيان أن تعيين الحد الفاصل بين نطاق المشروعية ونطاق عدم المشروعية فى الصورة المذكورة مما يخضع أيضاً لرقابة المحكمة» (١) .

وهكذا فان تقدير أهمية الأسباب ومدى تناسبها مع القرار، هو بحسب الأصل من الملاءمات التى تخضع لوزن الادارة وتقديرها دون معقب عليها من القضاء إلا استثناء حيث يقضى القانون باعتبار هذه الملاءمة من عناصر المشروعية . ويضاف إلى هذا الاستثناء طائفتا القرارات التأديبية والقرارات المتعلقة بالحريات العامة حيث اعتبرت الملاءمة فى هذه القرارات متداخلة فى مشروعيتها، ومن ثم انسحبت عليها الرقابة القضائية .

وباستقراء ما تقدم من صور الرقابة فى حالات السلطة المقيدة، يتبين كيف عدل القاضى من الحدود الفاصلة بين المشروعية والملاءمة . فقد ارتد

---

(١) يراجع فى تطور هذا القضاء تعليقنا على الحكم تحت عنوان «الرقابة القضائية على ملاءمة القرارات التأديبية مجلة العلوم الادارية السنة الخامسة ص ٢٦٥ ومابعدها .

بحدود المشروعية لتفسح مجالا للملاءمة الادارية فيما يتعلق بتقدير قيام وتكييف الأسباب المتعلقة بمسائل فنية . ومن ناحية أخرى ارتد بحدود الملاءمة لتفسح مجالا للمشروعية فى تقدير أهمية وملاءمة القرارات التأديبية والمتعلقة بالحريات العامة .

(ثانياً) حالات السلطة التقديرية : من المفترض فى هذه الحالات ، أن القانون لم يقيد سلطة الادارة بأسباب محددة ومعينة تبنى عليها قراراتها كما هو الشأن فى حالات السلطة المقيدة ، بل تركها حرة طليقة فى اتخاذ قراراتها كلما لاحت لها الأسباب التى تراها طبقاً لتقديرها مسوغة ومبررة لتدخلها ومن البديهى أنه فى هذه الحالات لا يستطاع الوقوف على الأسباب التى استندت اليها الإدارة إلا إذا هى أفصحت عنها ودلت عليها . فان أخفت هذه الأسباب فقد استحال — بصفة عامة — معرفتها والكشف عنها . وبناء على هذه الاستحالة أقام القضاء قرينة قضائية على صحة الأسباب التى يقوم عليها القرار فى هذه الحالات (١) .

أما إذا أفصحت الادارة عن أسباب قرارها ، إما نزولا على نص قانونى آمر يلزمها بالتسبيب ، وإما طواعية واختياراً حال كونها غير ملزمة بذلك ، فتذكر تلك الأسباب إما فى صلب القرار أو فى المذكرات الملحقة به ، أو فى معرض الدفاع و بمناسبة الدعوى المقامة فى شأنه ، فقد استقر القضاء على أنه «وان كانت الإدارة غير ملزمة ببيان أسباب قرارها إلا حيث يوجب عليها القانون ذلك ، إلا أنها متى ذكرت أسباباً فان هذه الأسباب ولو فى غير الحالات التى يوجب القانون ذكر أسباب فيها ، تكون خاضعة لرقابة المحكمة للتعرف على مدى صحتها من الوجهة الواقعية ، ومن جهة مطابقتها للقانون نصاً وروحاً . فاذا استبان أنها غير صحيحة واقعياً أو أنها

---

(١) يراجع قوة هذه القرينة وماإذا كانت بسيطة أم قاطعة واتجاهات القضاء فى شأنها رسالتنا فى «رقابة القضاء الادارى على الوقائع فى قضاء الالغاء» ص ١١٢ .

تنطوى على مخالفة للقانون .. كان القرار معيباً حقيقاً بالالغاء لانعدام الأساس الذى يجب أن يقوم عليه أو لفساده » (١)

وعلى ذلك فانه رغم أن تلك الأسباب هى بحسب الأصل تخضع لتقدير الادارة لتتخذ ما تشاء منها أساساً لقرارها ، إلا أن القضاء الادارى اشترط أن تكون هذه الأسباب صحيحة فى حكم الواقع ، صحيحة فى حكم القانون ، وفرض رقابته عليها للتحقق من صحتها . أما تقدير أهمية هذه الأسباب ومدى تناسبها مع القرار المتخذ ، فقد تركه القضاء لمطلق تقدير الادارة ومع ذلك فانه يشترط أن تكون الأسباب مبررة فى ذاتها للقرار وذلك كله على التوضيح الآتى :

١ — فمن صور الرقابة على صحة الأسباب من الناحية الواقعية ما قضى به من أنه يجب لصحة الترقية بالاختيار أن يصادف الاختيار ذوى الكفاية ، وأن يكون الترجيح فيه مستنداً إلى وقائع صحيحة تؤدى اليه (٢) . كذلك فان قرار الاحالة إلى الاستيداع ، وقد اعتمد على أسباب غير صحيحة ولا تؤدى اليه ، يكون قد صدر باطلا (٣) . وإذا بنت الادارة قرارها بسحب الترخيص على مجرد تحريات لم تتأيد بدليل ، بل وتدحضها التحريات السابقة ، فان قرار السحب يكون قد بنى على أسباب غير جدية وجاء مخالفاً للقانون (٤)

واستثناء من ذلك يرفض القضاء الادارى مد رقابته على صحة الأسباب المتعلقة بقرارات بوليس الأجانب وفى ذلك تقول المحكمة الادارية العليا «إن الدولة تتمتع بسلطة عامة مطلقة فى تقدير مناسبات إقامة أو عدم إقامة الأجنبى فى أراضيها ، وأنه يجب عليه مغادرة البلاد مهما تكن الأعذار والذرائع التى يتعلل بها أو يتمحل لها ، حتى ولو لم يكن به سبب يدل

---

(١) ١٩٥٣/٢/٢٥ م ٢/٧ ص ٧٤٤ ، ١٩٥٦/٣/١٧ ع ١/٢ ص ٥٥٥
(٢) ١٩٥٣/١١/٨ م ٧ ص ٢٩١
(٣) ١٩٥٤/١/٥ م ٨ ص ٣٩٠
(٤) ١٩٥٧/١/٢٢ م ١/١١ ص ١٥٥ .

على خطورته على الأمن أو الآداب(١) .

٢ – ومن صور الرقابة على صحة تكييف الأسباب وقيامها فى حكم القانون ما قضى به من أن القرار الصادر بفصل موظف بناء على حكم صدر ضده بالحبس شهراً وهو حكم نقضته محكمة النقض ، يعتبر قراراً صادراً بناء على سبب غير قائم قانوناً ، وجاء بالتالى مخالفاً للقانون(٢) . كذلك فان تخطى الموظف فى الترقية استناداً إلى أنه من خريجى معهد التربية هو قرار باطل لعدم مشروعية السبب الذى قام عليه (٣) .

٣ – أما تقدير أهمية الأسباب ومدى تناسبها مع القرار المتخذ فقد أوضحنا أن هذا التقدير يخرج – كقاعدة – فى حالات السلطة المقيدة من نطاق المشروعية الخاضعة لرقابة القاضى ، ويظل فى نطاق الملاءمة المتروكة لسلطة الادارة . وهذا التقدير يخرج من باب أولى فى حالات السلطة التقديرية التى لا تتقيد فيها الادارة بأسباب معينة إذ يعتبر هذا التقدير من الملاءمات المتروكة لتقدير الادارة (٤) .

ومع ذلك فانه رغم سكوت القانون عن تحديد الأسباب التى تدعو إلى إصدار القرار ، فقد يشترط أن تكون الأسباب الداعية إلى اتخاذه خطيرة وعلى درجة من الأهمية ، وعندئذ تصبح هذه الأهمية من عناصر المشروعية وتمتد اليها الرقابة القضائية .

من ذلك ما أجازه قانون العمد للجنة الشياخات من العدول عن اختيار حائز الأغلبية فى الانتخابات بشرط قيام أسباب خطيرة تبرر هذا العدول .

---

(١) ١٩٥٦/٤/٧ ع ص ٦٥٧ ، ١٩٥٦/٨/٤ ع ٣/١ ص ١٠٠٦

(٢) ١٩٥٤/١/١٠ م٨ ص ٣٧٣ .

(٣) ١٩٥٨/١١/٢٩ ع ١/٤ ص ٢٦٦

(٤) « أما أهمية السبب أو خطورته متى قام فنملاءمات الادارة التى تخضع لسلطتها المطلقة فى التقدير مادامت لاتنطوى على اساءة استعمال السلطة » ١٩٥٦/٢/٨ ع٢ ص ١٦١ .

ولذلك فان القضاء لا يراقب صحة هذه الأسباب فحسب ، بل ودلالتها فى قيام هذه الخطورة . فاذا كان السبب فى العدول عن ترشيح حائز الأغلبية أن العمدة المنتخب هو«أخ العمدة المتوفى وأن العمدية فى بيتهم أصلا» فان هذا السبب لا ينهض من الأسباب الخطيرة التى قصدها القانون (١) كذلك لا يجيز القانون إحالة أعمال عمدة قرية إلى عمدة قرية أخرى الا عند الضرورة القصوى . ويراقب القضاء عند قيام الادارة بهذه الاحالة ما إذا كانت الأسباب التى استندت اليها تشكل حالة من حالات الضرورة القصوى (٢) .

وإذا كان القاضى الادارى يمتنع عن رقابة أهمية الواقعة ومدى تناسبها مع القرار المتخذ ، فانه يقدر الواقعة ذاتها ليرى ما إذا كانت — وبصرف النظر عن أهميتها — تبرر القرار (٣) . من ذلك ما قضى به من أن كون الموظف مالكى المذهب هو سبب لا يبرر تخطيه فى الترقية إلى وظيفة قاض . (٤) واحالته إلى المعاش لأنه أوشك على بلوغ السن القانونية وللانتفاع بوظيفته فى حركة الترقيات هى أسباب لا تنهض مبرراً لذلك القرار (٥) . وإذا سبق للشخص الحصول على ترخيص بادارة صيدلية

---

(١) ٢٧/١٢/٩٤٩ م٤ ص ١٦٦ .

(٢) ٥/٢/٩٥٢ م ٦/٢ ص ٤١٦ .

(٣) نفرق بين تقدير الواقعة فى ذاتها وتقدير الواقعة فى أهميتها . أما تقدير الواقعة فى ذاتها فهو تقدير عام يتمثل فى وزن قيمتها بحسب وصفها العام وبعد تجريدها من عناصرها الخاصة فى الحالة الفردية المعروضة والنظر فيما إذا كانت بذاتها يمكن أن تبرر القرار المتخذ أما تقدير الواقعة فى أهميتها فأمر جد مختلف . إذ لاشك أن من الوقائع ماتتدرج بطبيعتها من حيث الأهمية والخطوره وتحتمل درجات متفاوتة منها حتى أن الواقعة الواحدة تختلف فى خطورتها بتغير الظروف التى تقع فيها . ولذلك فان تقدير أهمية الواقعة لايكون بالنظر اليها فى وصفها العام وانما يكون بالتصدى لها فى خصوصية الحالة المعروضة ووزنها فى محيط الظروف التى وقعت فيها والملابسات التى اقترنت بها فهو إذن تقدير خاص يتم بالنسبة لكل حالة على حده (رسالتنا . المرجع السابق ص٣٣ ومابعدها)

(٤) ٢٨/٥/٩٥٣ م ٧/٣ ص ١٣٥٨ .

(٥) ١٢/٣/٩٥٢ م ٦/٢ ص ٦٥٦ .

وباع الترخيص لآخر ، مما يفيد أنه يتخذ من هذه التراخيص تجارة ، فانه سبب يبرر رفض طلبه بادارة صيدليه ، حتى لو توافرت له الأسبقية ، ما دام القانون لم يجعل الأولوية حتما لصاحب الطلب الأسبق بل ترك الأمر لمحض تقدير الادارة (١) .

وتعتبر الواقعة غير مبررة للقرار إذا سبق للادارة أن قدرتها على وجه مغاير . فمثلا ضعف سمع الموظف مادام لم يمنع فى الماضى من ترقيته حتى بلغ الدرجة الرابعة ، كما لم يكن فى نظر لجنة شئون الموظفين مانعاً من اقتراح ترقيته إلى الدرجة الثالثة ، فانه يكون سبباً غير جدى ولا يبرر تخطيه فى الترقية (٢) . وإذا جددت الادارة مدة تطوع شخص لأسباب معينة فانه لا يجوز فصله بناء على هذه الأسباب بعينها (٣) .

وهكذا يتكشف كيف أن المشروعية والملاءمة تتقاسمان عناصر السبب ، حتى فى حالات السلطة التقديرية التى كان يبدو فيها السبب منطقة حرة تستقل بها الملاءمة وحدها ، وتجول فيها السلطة التقديرية للادارة بحرية (٤) فقد زحفت المشروعية لتأخذ لها مكاناً اختصت فيه بتقدير صحة هذه الأسباب من الناحية الواقعية ومن الناحية القانونية ، وكذلك تقدير ما إذا كانت هذه الأسباب مبررة فى ذاتها للقرار ، ولم يبق للملاءمة من بعدها إلا تقدير أهمية تلك الأسباب ومدى تناسبها مع القرار المتخذ .

وإن هذه الحدود بين المشروعية والملاءمة هى بذاتها الحدود القائمة بينهما فى حالات السلطة المقيدة ، بحيث لم يعد هناك مجال للتفرقة

---

(١) ١٤/١/١٩٥٣ م ٨/٢ ص ٤٥٤ .
(٢) ٦/٣/١٩٥٢ م ٦/٢ ص ٦٢٧ .
(٣) ٦/٥/١٩٥٣ م ٧/٣ ص ١٠٩٨ .
(٤) كان هذا هو المتصور فى مرحلة من مراحل القضاء الفرنسى حتى أوائل هذا القرن . وكانت تسمى تلك القرارات بالقرارات التقديرية إلى أن بدأ القضاء الفرنسى يمد رقابته إلى أسبابها فى أوائل القرن الحالى وتبعه فى ذلك القضاء المصرى على النحو السابق عرضه .

بين حالات السلطة المقيدة وحالات السلطة التقديرية فى خصوص تقدير السبب . إذ فى كل هذه الحالات تضم المشروعية عناصر تقدير قيام السبب من الناحية المادية ومن الناحية الواقعية وتضم الملاءمة تقدير أهمية السبب وتناسبه مع القرار .

ثم يرد على هذه القاعدة العامة استثناءان هامان أحدهما لصالح المشروعية والآخر لصالح الملاءمة .

أما الاستثناء الأول فقد انطوى على انتزاع جزء من عناصر الملاءمة وضمه إلى مجال المشروعية . وتمثل ذلك فى سلطة القاضى فى رقابة أهمية السبب بالنسبة للقرارات التأديبية والقرارات المقيدة للحريات فى أحوال السلطة المقيدة ، وفى رقابته لمدى تبرير السبب للقرار فى أحوال السلطة التقديرية .

وأما الاستثناء الثانى فقد جرى عكسياً بانتزاع جزء من عناصر المشروعية فى بعض حالات السلطة المقيدة والتقديرية واضافته إلى مجال الملاءمة . وتمثل ذلك فى سلطة الادارة فى تقديرها لصحة الأسباب من الناحية الواقعية والقانونية إذا ما تعلقت بمسائل فنية دون رقابة عليها من القضاء .

وكان الباعث على الاستثناء الأول حماية حريات الأفراد ومراكز الموظفين بالنسبة لقرارات دقيقة تهدد هذه الحريات والمراكز بآثار خطيرة وكان الباعث على الاستثناء الثانى هو رعاية الادارة ، وتمكينها من أداء وظيفتها بسلطة وحرية ، فى مسائل فنية تملك بما لديها من أجهزة متخصصة صلاحية البت فيها (١) .

---

(١) وفى ذلك يقول فالين أن مشكلة السلطة التقديرية ذات وجهين : حماية السلطة الادارية وحماية حقوق الأفراد ويجب التوفيق بينهما حتى لا تتوارى الحياة الاجتماعية فى الفوضى أو الاستبداد .

Waline. Etendue et limites du controle du juge administratif sur les actes de l'administration CE. Etudes & Doc. 1956 Fise. 10. p. 25.

محل القرار :

ومحل القرار هو أثره القانونى المترتب عليه مباشرة . وفى هذا المحل تدور سلطة الادارة بين التقدير والتقييد حول ثلاثة عناصر : إصدار القرار أو عدم إصداره ثم وقت إصداره ثم فحواه .

فأما عن سلطة الادارة فى إصدار القرار أو عدم إصداره ، فقد يقيد القانون سلطتها هذه ويلزمها باتخاذ القرار إذا ما توافرت أسبابه التى نص عليها . مثل ذلك منح تراخيص البناء لكل من استوفى الشروط القانونية ، والإعفاء من التجنيد لكل من توافرت فيه إحدى حالاته ، والقيد فى نقابة المحامين لكل من استوفى شروطه . فان لم يقيدها بشىء من ذلك كانت سلطتها حرة فى تقدير مناسبات إصداره أو الامتناع عنه. وتطبيقاً لذلك فانه « إذا كان الاعفاء منحة من الادارة لصاحب الشأن تقررها بناء على تفويض من القانون فان الإدارة والحالة هذه تترخص فى منحها بسلطتها التقديرية ، وليس لممول أن يجبرها على منحه هذا الاعفاء ما دام المشرع قد ترك الأمر لمطلق تقديرها » (١) كذلك سلطتها فى إنشاء الوظائف العامة وفى تحديد عددها أو نقلها من وزارة أو مصلحة إلى أخرى هى سلطة تقديرية تعملها حسبما تراه من وجه المصلحة العامة فيها (٢) .

وأما عن سلطة الادارة فى اختيار وقت تدخلها ، فهى بدورها قد تكون مقيدة إذا ما ألزمها القانون بالتدخل فى وقت معين . مثل ذلك ما يقضى به من ترقية كل من أمضى ١٥ سنة فى درجة واحدة . وقد تكون تقديرية إذا أطلقها من هذا القيد وتركها حرة فى اختيار الوقت الملائم لتدخلها ، حتى لو توافرت أسبابه ، فتصبح هذه الملاءمة من الاطلاقات المتروكة للادارة دون أن تخضع فى ذلك لرقابة القضاء . وعلى ذلك « فان الادارة بما لها من سلطة تقدير مناسبات القرار الادارى ترخص فى تعيين الوقت الملائم لإصداره بلا معقب عليها فى هذا الشأن من المحكمة ... بشرط

---

(١) ١٩٥٩/٥/٩ ع ٤ ص ١٢٠٧

(٢) ١٩٥٨/٦/١٩م ١٢ ، ١٣ ص ١٣٠ .

ألا يكون القانون قد عين لها ميعاداً يحتم إصدار القرار فيه وإلا كان إصداره بعد الميعاد مخالفاً للقانون (١) . وتطبيقاً لذلك فان «اختيار الوقت الملائم لشغل الدرجات الخالية بالوزارة أمر متروك لتقدير السلطة الادارية تتصرف فيه بما تراه محققاً للمصلحة العامة ولا الزام عليها قانوناً فى شغل الدرجات الخالية فى ميعاد معين ما دام القانون لم يفرض عليها شيئاً من ذلك (٢)

أما عن فحوى القرار ومضمونه فانه ما لم يقيدها القانون مقدماً باتخاذ قرار معين ، فانها تكون حرة فى اختيار القرار الذى تراه متلائماً مع أهمية الأسباب التى تواجهها . وملاءمة القرار فى هذه الحالة أى التناسب بين سببه ومحله هى من عناصر السلطة التقديرية التى لا تخضع لرقابة القضاء إلا فى الحدود التى أظهرناها فيما تقدم عند استعراض الرقابة على أهمية السبب .

وهكذا فانه فى ختام هذا الباب يمكن القول بأن القاعدة فى امتناع القاضى الادارى عن تقدير الملاءمة فى الأعمال الادارية هى قاعدة ثابتة لا يرد عليها استثناء . ومع ذلك فان دائرة هذه الملاءمة تتفاوت ضيقاً واتساعاً بالاتجاهات القضائية فى التفسير والتقدير والابتداع . وبهذا فان القاضى الذى يلتزم بالامتناع عن تقدير الملاءمة هو الذى يرسم حدودها وبالتالى يرسم حدود امتناعه .

وإذا ما قورن مسلك القضاء فيما يتعلق بامتناعه عن تقدير الملاءمة ، بمسلكه فيما يتعلق بامتناعه عن القيام بالأعمال الادارية — السابق دراستها فى الفصل السابق — لتبين أنه يقدر المرونة والتطور المستمر الذى بلغه فى المجال الأول بقدر التزمت والجمود الذى اعتراه فى المجال الثانى .

---

(١) ٩٥٠/٥/١٠ م٤ ص ٧٣٥ .

(٢) ٩٥٢/١٢/٤ م ٧ ص ٩٧ ، ٩٥٩/١١/٢٨ ع ٥ ص ٦٨ . ويلاحظ أن سلطة الادارة فى اختيارات وقت إصدار القرار تتداخل فى سلطتها فى إصدار القرار أو الامتناع عنه . ذلك أنها حين تصدر القرار فان ذلك يقطع فى أنها قدرت مناسبة الوقت . وإن هى امتنعت عن إصدار فقد يكون من بين أسباب امتناعها تقديرها لعدم ملاءمة الوقت .

وبرغم ما فى التطور فى المجال الأول من دقة ومشقة لم يشفق القضاء من خوض غمارها، فقد نأى عن التطور فى المجال الثانى وهو أدنى فى الدقة والمشقة .

ولعله يكفى فى تصوير الدقة والمشقة فى المجال الأول ، أن مجلس الدولة كان يجاهد فى توسيع وبسط رقابة حقيقية ومنتجة على أعمال الإدارة ، مع ما فى ذلك من مخاطر جرح استقلال الادارة . ومع ما بلغه من شأو فى هذا المجال، فانه لم يتقدم منذ قرن من الزمان نحو المجال الثانى بتحديد الآثار الحتمية لأحكامه بالالغاء مع خلوها من الدقة والمشقة ، وبعدها عن مخاطر جرح استقلال الادارة .

الباب الثانى

احترام الادارة العاملة لأحكام القضاء الادارى

إذا كان مبدأ الفصل بين القضاء الادارى والادارة العاملة قد تمثل فى وجهه الأول الذى قدمناه فى الباب السابق فى احترام القضاء الادارى لاستقلال الادارة بوظيفتها الادارية ، فانه يتمثل فى وجهه المقابل فى احترام الادارة لاستقلال القضاء الادارى بوظيفته القضائية ، وذلك باحترام الأحكام الصادرة منه وتنفيذ مقتضاها .

على أنه ليس صحيحاً باطلاق ، القول بأن التزام الادارة باحترام الأحكام القضائية يجد مصدره فى المبدأ المذكور وحده ، إذ هو نبع كذلك مما لهذه الأحكام من قوة ملزمة (١) يخضع لها من صدرت ضدهم أفراداً أكانوا أم هيئات إدارية . وتلك خصيصة لصيقة بالأحكام بوصفها صادرة عن سلطة عامة ، بدونها تعدو هذه الأحكام حروفاً ميتة ، وعملا ذهنياً يعتصر فيه القضاء جهده لإظهار الحقيقة القانونية ، دون أثر فعلى فى تغيير الحقيقة الواقعية المخالفة ، وهى هدف التقاضى وأمل المتقاضين .

وإذا كان تنفيذ الأحكام الصادرة فى القضاء الكامل باقرار الحقوق

---

(١) يفرق الفقه بين حجية الأمر المقضى وبين القوه الملزمة والقوة المتعية التنفيذية للأحكام فيرى البعض أن حجية الأمر المقضى لها مضمونان مضمون شكلى مؤداه أن ما قضى به نهائياً لايجوز اعادة طرحه على القضاء ومضمون مادى أو ايجابى وهو القوة الملزمة للحكم وتتحصل أثرها فى ضرورة مطابقة المراكز القانونية مع ماتضمنه الحكم . ويرى البعض أن حجية الأمر المقضى هى قاعدة اجرائية تنتج أثرها فى مواجهة القضاء ولا تتضمن إلا أثرها الأول فقط . وبذلك تختلف حجية الأمر المقضى عن القوه التنفيذية ويذهب البعض مع التسليم بصحة هذه التفرقة إلى أنه يتمين التفرقة كذلك بين القوة الملزمة للحكم وهى تتمثل فى التزام المحكوم عليه بتنفيذه وبين ماله من قوه تنفيذية وهى تضيف اليه قوه أخرى تتمثل فى امكان تنفيذه بالالتجاء إلى القوه الجبرية يراجع فى تفصيل ذلك دكتور عبد المنعم جبره . رسالته فى آثار حكم الألغاء ص ٣١ ومابعدها .

أو تقرير التعويضات لا يثير من صعوبات إلا ما يبدو من الادارة من تأخير فى التنفيذ أو إصرار على عدم التنفيذ ، فان تنفيذ الأحكام الصادرة بالإلغاء يثير بالاضافة إلى ذلك العديد من الصعوبات والخلافات . ذلك لأن القضاء وكما سبق بيانه، يقتصر على الحكم بالالغاء دون أن يحدد آثاره أو يرتبها، ولهذا تبرز الصعوبات حول تحديد هذه الآثار فى نطاق ما قضى به الحكم وكيفية تنفيذها ، سواء فى الفترة السابقة على الحكم والتى نفذ فيها القرار الملغى ، أو اللاحقة لصدور الحكم بالالغاء ، خاصة فى الحالات التى يصطدم فيها هذا التنفيذ بمراكز نشأت بأعمال أو قرارات مستندة إلى القرار الملغى.

ولهذا سوف نعرض أولا حجية الأحكام وآثارها ثم قواعد تنفيذها ثم المسئولية عن عدم تنفيذها .

الفصل الأول

حجية الأحكام وآثارها

مضمون الاحكام :

تبعاً لولاية القضاء الادارى واختصاصه بالفصل فى دعاوى الالغاء وفى دعاوى القضاء الكامل، يمكن القول بأن من الأحكام التى يصدرها ما هو قضاء «بالغاء» وما هو قضاء «باعطاء» (١)

فيكون قضاء باعطاء كل حكم صدر بتعويض أو بدين فى دعاوى المسئولية أو العقود، أو صرف راتب يقرره القانون ، أو منح درجة تقررها قواعد الانصاف الملزمة ، أو ضم مدة خدمة وردت فى شأنها نصوص آمرة وذلك فى الدعاوى التى أطلق عليها دعاوى التسويات .

ويكون قضاء بالغاء كل حكم انصب على الغاء قرار مطعون فيه . وقد يقع هذا الإلغاء جزئياً أو كلياً . فيكون الالغاء جزئياً فى الحالات التى يرد فيها عيب عدم المشروعية على جزء أو بعض من أجزاء القرار المطعون فيه ، كما لو صدر القرار بترقية بعض الموظفين متخطياً أحدهم بالمخالفة لقواعد الترقية فحينئذ يكون الإلغاء جزئياً فيما تضمنه القرار من تخطى من ترك فى دوره ، أو يرد العيب على بعض آثار القرار كما لو صدر منعطفاً بآثاره رجعياً إلى تاريخ سابق ، فحينئذ يكون الإلغاء جزئياً فيما تضمنه من رجعية ، مع الابقاء على القرار فى كافة آثاره الأخرى (٢)

---

(١) حسين أبوزيد . مقاله السابق . مجلة مجلس الدولة العدد الأول ص ١٦٥ ومابعدها .

(٢) مثل ذلك ما قضت به محكمة القضاء الادارى من أن الوزير عندما أصدر قراره المطعون فيه نص فى مادته الثالثة على سريان مفعوله اعتباراً من أول يناير سنة ١٩٤٦ مع أن هذا القرار لم يصدر إلا فى ٨ مايو سنة ١٩٤٧ ومن حيث أن صدور القرار على هذا الوضع يعتبر مخالفاً للقانون فيتعين الغاؤه فيما نص عليه فى مادته الثالثة من اسناد أثره إلى الماضى (١٧ /١/ ٩٥٠ م ٤ ص ١٩٥) .

ويكون الالغاء كلياً إذا شاب القرار عيب مطلق أصابه برمته، كما لو شابه عيب عدم الاختصاص أو عيب فى الشكل ، إذ عندئذ ينهار القرار من أساسه، أو يكون القرار متضمناً حكماً واحداً شابه العيب كقرار اعتقال شخص تبين عدم مشروعية السبب الذى استند اليه ، فحينئذ يكون الالغاء كلياً بعد إذ لم يبق للقرار محل يقوم عليه . ويكون الإلغاء كذلك كلياً ولو ورد العيب على جزء من أجزائه إذا كانت هذه الأجزاء ترتبط ببعضها ارتباطاً وثيقاً فيمتد العيب الذى حاق بالجزء إلى باقى الأجزاء المرتبطة ليبطلها ، ويكون الالغاء حينئذ كلياً ، كما لو صدر قرار بترقية شخص إلى درجة أعلى ونقله إلى وظيفة من الدرجة الأعلى ، إذ يترتب على بطلان الترقية بطلان النقل بالتبعية ، ويتحقق الإلغاء الكلى للقرار .

وفى هذه التفرقة قضت المحكمة الادارية العليا بأن «مدى الالغاء يختلف بحسب الأحوال ، فقد يكون شاملا لجميع أجزاء القرار وهذا هو الالغاء الكامل ، وقد يقتصر الالغاء على جزء منه دون باقية، وهذا هو الالغاء الجزئى كأن يجرى الحكم بالغاء القرار فيما تضمنه من تخطى المدعى فى الترقية وغنى عن البيان أن مدى الالغاء يحدد بطلبات الخصوم وما تنتهى اليه المحكمة فى قضائها (١)

ويحدد الحكم مدى الالغاء وشموله خاصة فى حالات الالغاء الجزئى ، إذ يوضح الحكم الجزء الذى شمله الإلغاء وانصب عليه ، حتى يمكن تحديد نطاق الالغاء وآثاره وبالتالى تحديد التزامات الادارة فى تنفيذه . وفى ذلك تقول المحكمة الادارية العليا «أن الحكم بالغاء ترقية قد يكون شاملا لجميع أجزائه وبذلك ينعدم القرار كله ويعتبر كأنه لم يكن بالنسبة إلى جميع المرقين ، وقد يكون جزئياً منصباً على خصوص معين ، فيتحدد مداه على مقتضى ما استهدفه حكم الالغاء . فاذا كان قد انبنى على أن أحداً

---

(١) ١٥/١١/٩٥٨ع مجموعة العشر سنوات ص ٦٥٨، ٢٦/١١/٩٦٠ع المجموعة المذكورة ص ٦٥٩ .

ممن كان دور الأقدمية يجعله محقاً في الترقية قبل غيره ممن يليه ، فألغى القرار فيما تضمنه من ترك صاحب الدور في هذه الترقية ، فيكون المدى قد تحدد على أساس إلغاء ترقية التالي في ترتيب الأقدمية ، ووجوب أن يصدر قرار بترقية من تخطى في دوره ، وبأن ترجع أقدميته في هذه الترقية إلى التاريخ المعين لذلك في القرار الذي ألغى إلغاء جزئياً على هذا النحو (١)» .

حجية الاحكام :

إن الأحكام الصادرة في دعاوى القضاء الكامل تحوز حجية نسبية مقصورة على أطراف الخصومة التي صدر فيها الحكم دون غيرهم . ولهذا فليس لهؤلاء الأغيار ممن ظلوا خارج الخصومة الاحتجاج أو الاستفادة بالحكم الصادر فيها .

أما أحكام الالغاء فتحوز حجية مطلقة ، وتنتج أثرها بالنسبة للكافة ، ولهذا يستفيد منها كل ذي مصلحة في زوال القرار الملغى ، ولو لم يكن طرفاً في الخصومة . فاذا قضى بالغاء لائحة جنائية مثلا زالت أحكامها ، وانعدمت في مجال التطبيق القانوني ، بحيث لا يجوز الاستناد اليها في تقرير أية جريمة أو توقيع أية عقوبة ، وإلا كان للفرد — وأي فرد — أن يتمسك بحجية الشيء المقضي بحكم الالغاء .

وإذا كانت الحجية المطلقة لأحكام الالغاء تستند إلى نص خاص في قانون مجلس الدولة ، فانها تجد مبررها في اعتبارات قانونية ترجع إلى طبيعة الحكم ذاته ، وطبيعة الدعوى التي صدر فيها . فدعوى الإلغاء ليست دعوى بين أخصام يتنازعون حقاً مختلفاً عليه ، وإنما هي دعوى توجه ضد قرار يختصم فيها ، وينعى عليه إصابته بعيب عام ، لو صح لأفضى إلى بطلانه ، لا بالنسبة إلى رافع الدعوى وحده ، بل وبالنسبة إلى الكافة .

وإذا كانت هذه الحجية هي كذلك حجية عينية كنتيجة طبيعية لإعدام

---

(٢) ٦٥٧/٣/١٦ ع مجموعة العشر سنوات ص ٦٦٦ .

القرار الادارى فى دعوى هى فى حقيقتها اختصام له فى ذاته (١) ، فان هذه الحجية تكون من النظام العام . وقد قضت المحكمة الادارية العليا بأن «المركز التنظيمى متى انحسم النزاع فى شأنه بحكم حاز قوة الشيء المحكوم فيه ، فقد استقر به الوضع الإدارى نهائياً . فالعودة إلى إثارة النزاع فيه بدعوى جديدة ، هى زعزعة لهذا الوضع الذى استقر وهو ما لا يتفق ومقتضيات النظام الإدارى . ولذلك كان استقرار الأوضاع الإدارية وعدم زعزعتها بعد حسمها بأحكام نهائية حازت قوة الشيء المقضى به ، بمثابة القاعدة التنظيمية العامة الأساسية التى يجب النزول عليها للحكمة التى قامت عليها وهى حكمة ترتبط بالنظام العام .. ومن ثم فللمحكمة أن تنزل هذه القاعدة الأساسية فى نظر القانون على المنازعة من تلقاء نفسها ، أياً كان موضوعها وسواء أكانت طعناً بالغاء القرار الادارى أم غير ذلك ، ما دام الموضوع معتبراً من المراكز التنظيمية المرد فيه إلى أحكام القانون ، ولا يملك الطرفان الاتفاق على ما يخالف هذه الأحكام » (٢)

وترتيباً على هذه الحجية المطلقة لحكم الالغاء والمعتبرة من النظام العام فان «لكل شخص أن يتمسك به ـ بالحكم ـ فلا يجوز أن يكون موضوعاً لمساومة أو تنازل من ذى شأن فيه ، وإلا كان ذلك إبقاء على المخالفة القانونية التى شابت القرار المحكوم بالغائه ، وتفويتاً لثمرة الحكم ، الأمر الذى يتعارض مع الصالح العام . وعلى ذلك يكون باطلا ولا يعتد به التنازل الذى تستند اليه الحكومة وبالتالى لا يصلح مبرراً لامتناعها عن تنفيذ الحكم» (٣)

كذلك فانه إعمالا للحجية المطلقة لحكم الالغاء ، فان كل دعوى جديدة تهدف إلى الغاء القرار الملغى تعتبر غير ذات موضوع (٤) . وفى ذلك

---

(١) ١٥ / ١١ / ٩٥٨ ع مجموعة العشر سنوات ص ٦٥٨ .

(٢) ١٨ / ١ / ٩٥٨ ع ٣ ص ٦٠٨

(٣) ١٣ / ٣ / ٩٥٦ م ١٠ ص ٢٤٨ .

(٤) Waline. Le Controle op. cit. p. 193

قضت المحكمة الادارية العليا بانه «إذا ألغى مجلس الدولة قراراً ادارياً ثم أقام طاعن آخر دعاوى أخرى أمام مجلس الدولة بالغاء ذات القرار ، كانت الدعوى الثانية غير ذات موضوع ، باعتبار ذلك إحدى نتائج الحجية المطلقة للشيء المقضى فى حكم الالغاء . وكذلك من لم يختصم فى الدعوى تصيبه آثار حكم الالغاء بوصف أنه من الكافة ، وتكون الادارة على صواب فى تطبيقه فى شأنه . وذلك لأن دعوى الالغاء أشبه بدعوى الحسبية التى يمثل فيها الفرد مصلحة المجموع (١)» وتطبيقاً لذلك فانه لو صدر اثناء نظر دعوى الغاء قرار ، حكم فى دعوى أخرى بالغاء ذلك القرار ، فان الدعوى الأولى تصبح غير ذات موضوع وتنتهى الخصومة فيها (٢)

على أن هذه الحجية لا تكون باطلاقها إلا فى حالات الالغاء الكلى . أما فى حالات الإلغاء الجزئى ، فانها لا ترد إلا على ما تناوله حكم الإلغاء وانصب عليه الالغاء ، وتنحسر عن الأجزاء الأخرى التى لم يمتد اليها حكم الالغاء ، والتى يجوز بالتالى الطعن عليها من كل ذى مصلحة .

ومن الصور البارزة فى إعمال حجية الالغاء ، دعاوى المسئولية التى تقوم على القرار الملغى . ذلك أن هذه المسئولية تستند فى أحد أركانها إلى قيام خطأ من جانب الادارة فى إصدارها للقرار . وإذ كان هذا الخطأ قد فصل فيه حكم الالغاء ، بما أثبته من عدم مشروعية ذلك القرار ، فان هذا الحكم يحوز حجية أمام قاضى المسئولية بحيث يمتنع عليه طرح هذه المشروعية للبحث من جديد . وبذلك قضت المحكمة الادارية العليا بأنه «لا محل للعودة لبحث مشروعية القرار الادارى ، ولا تفحص أسبابه ومبرراته والظروف التى أحاطت باصداره ، بعد أن قضى عليه حكم الالغاء بأنه قرار مخالف تماماً لحكم الدستور والقانون ، وقد حاز ذلك الحكم

---

(١) ٢٦/١١/٩٦٠ ع مجموعة العشر سنوات ص ٦٥٩.

(٢) ٣٠/٥/٩٥٩ ع ٤ ص ١٣٢٨ .

قوة الشيء المقضى به فى ظل قانون مجلس الدولة وتحصنت جميع آثاره (١) » .

على أنه ليس من مقتضيات قاعدة الحجية المطلقة التى تتسم بها أحكام الالغاء ، أن تهدم قاعدة أخرى أصلية ، وهى قاعدة الأثر النسبى للأحكام عامة وامتناع انتفاع الأغيار – كمبدأ عام – بآثار هذه الأحكام . إذ تقتصر الاستفادة من نتائج الالغاء المباشرة على من أقام دعوى الالغاء فى الميعاد دون من تقاعس عن إقامتها تهاوناً أو تهيباً . ذلك أن تفويت ميعاد الطعن بالالغاء وثيق الصلة بمبدأ استقرار المراكز الادارية . ومع ذلك فقد حاول القضاء الادارى جاهداً التوفيق والملاءمة ، بين التزام هذه النسبية بقصر آثار الحكم على طرفى الخصومة ، وبين الحرص على احترام تلك الحجية المطلقة ، فجعل هذه الحجية واضحة فى الآثار القانونية المترتبة لزاماً على الالغاء ، وفى الأوضاع الواقعية التى لها ارتباط وثيق وآصرة أكيدة بالمراكز الملغاة. فالآثار الواقعية التى تنشأ عن أحكام الالغاء يجوز بحكم ترتيبها الحتمى ولزومها العقلى أن يتمسك بها أولو الشأن فى طلب الغاء قرار آخر ، ما دامت هذه النتائج المحتمة يتعين على الادارة التزامها بل إنفاذها من تلقاء نفسها نتيجة لحكم الالغاء (٢) .

آثار الاحكام :

إن الأحكام الصادرة فى دعاوى القضاء الكامل ، هى كقاعدة عامة ذات أثر كاشف . ذلك لأن هذه الدعاوى ، وسواء أكانت من دعاوى الاستحقاق – وهى ما تسمى بدعاوى التسويات – أو دعاوى المسئولية أو منازعات العقود ، إنما تقوم على أساس مراكز قانونية أو حقوق ذاتية ، وإن الحكم الصادر فيها إنما يقرر هذه المراكز والحقوق ، ويكشف عن صدقها وصحتها منذ نشأتها . ولهذا كانت هذه الأحكام كاشفة عن الحقوق

---

(١) ١٢ / ٧ / ٩٥٨ ع٣ ص١٥٧٤ . ويلاحظ أن عدم مشروعية القرار لا يكون موجباً للتعويض إذا كان عدم المشروعية راجعاً إلى عيب عدم الاختصاص أو الشكل إلا إذا كان العيب مؤثراً فى مضمون القرار حكم ١٥ / ١١ / ٩٦٦ع ١٢ ص ٣٠ .

(٢) ٢١ / ٦ / ٩٦٤ ع مجموعة العشر سنوات ص ٦٦٠ .

الشخصية ، وكانت حجيتها – بالضرورة وعلى ما سلف البيان – نسبية لا تتعدى أشخاص من شملتهم تلك الأحكام .

أما الأحكام الصادرة بالالغاء فيترتب عليها إعدام القرار الملغى ، وزواله من الوجود القانونى ، واعتباره كأن لم يكن aneanti وكأنه لم يصدر . وفى ذلك قضت المحكمة الادارية العليا بأن مقتضى الحكم الحائز لقوة الأمر المقضى الذى قضى بالغاء قرار هو إعدام هذا القرار ، ومحو آثاره من وقت صدوره (١) . وهذا التعميم فى الأثر المعدم للقرار ينبغى تناوله بشىء من التخصيص .

ذلك لأن حكم الالغاء يطوى لزوماً قضاء بعدم مشروعية القرار الذى نزل عليه الالغاء . وهو فى قضائه بعدم المشروعية قضاء كاشف ، يقرر الحقيقة القانونية التى اكتسى بها القرار منذ صدوره . أما فى قضائه بالإلغاء فانه قضاء منشىء يوقع جزاء عدم المشروعية ، بانزال الإلغاء وما يفضى اليه من إعدام القرار وزواله من الوجود القانونى . وهذه هى من السمات المميزة لحكم الإلغاء . فهو رجعى فى قضائه بعدم المشروعية ، فورى فى قضائه بالإلغاء .

وفى هذا تفسير لاختلاف طبيعة القرار الملغى وأعمال تنفيذه فى الفترة السابقة على حكم الإلغاء ، عنه فى الفترة اللاحقة له . ذلك أنه نزولا على الأثر الرجعى للقضاء بعدم المشروعية ، يعتبر القرار الملغى فى الفترة السابقة على صدور الحكم قراراً غير مشروع ، يجر بالتبعية عدم مشروعية ما رتبه من آثار وما تم تنفيذه منها . أما بعد صدور الحكم ، فانه نزولا على الأثر الفورى للقضاء بالالغاء وما يرتبه من إعدام القرار ، فان القرار الملغى يعتبر قراراً منعدماً فاقداً صفته الادارية ، وبالتالى فان أى عمل من أعمال الاستمرار فى تنفيذه – بعد الحكم – يندرج ضمن أعمال التعدى Voie de fait (٢) .

---

(١) ٢٦ / ٤ / ٩٦٠ ع مجموعة العشر سنوات ص ٦٦١ .

(٢) Drago III op. cit. p. 113. Waline. Le Controle op. cit. p. 189

كذلك فانه ترتيباً على رجعية حكم الالغاء فى قضائه بعدم مشروعية القرار ، فان القرار الذى تصدره الادارة تنفيذاً لهذا الحكم ، يطوى بدوره وبالضرورة أثراً رجعياً ينسحب إلى تاريخ صدور القرار الملغى ، وذلك استثناء من القاعدة العامة فى عدم رجعية القرارات الادارية ، وعدم ترتيبها لآثارها إلا من تاريخ صدورها . (١) وبذلك قضت المحكمة الادارية العليا بأن «المفروض فى القرار الادارى الذى يصدر تنفيذاً لمقتضى الحكم أن ينسحب إلى التاريخ الذى ينسحب اليه الحكم فى قضائه وهو مقرر وراجع إلى الماضى كما سلف الذكر » (٢).

ونفاذاً للأثر الرجعى لحكم الالغاء ، وما يرتبه من تجريد القرار من آثاره منذ صدوره ، ينهض التزام فى جانب الادارة باعادة الحال إلى ما كان عليه ، ورد ما كان إلى ما كان ، وتسوية الحالة على هذا الوضع ، وهو التزام إيجابى . كذلك فانه نفاذاً للأثر الفورى للحكم وما يرتبه من اعدام القرار الملغى ، ينهض التزام آخر فى جانب الادارة بالامتناع عن اتخاذ أى اجراء تنفيذى يؤدى إلى احداث أثر للقرار بعد الغائه . وهو التزام سلبى.

= وعكس ذلك دكتور محمد كامل ليله إذ يرى أن حكم الألغاء يعدم القرار منذ صدوره المرجع السابق ص ١٢٧٧. بينمايذهب د. رمزى الشاعر إلى أن القرار الادارى المشوب بعيب عدم المشروعية البسيط والذى يجوز الطعن فيه بالغاء لمجاوزه السلطة لايمكن أن يكون مصدراً لاعتداء مادى وأن صدور حكم من محكمة القضاء الادارى بالغاء ذلك القرار غير المشروع لايغير من طبيعة العملية المادية التى أجريت لتنفيذه قبل الحكم بابطاله ويجعل منه مصدراً لاعتداء مادى (تدرج البطلان فى القرارات الادارية ص ٢٦٢) ، أما تنفيذ الاداره لقرار إدارى بعد صدور حكم بالغائه فيعد تنفيذاً لقرار معدوم مادياً حيث يفقد القرار الباطل صفته القانونية إذا حكم بالغائه ويعتبر قراراً غير موجود فى الواقع ويقع الاعتداء المادى فى التنفيذ نفسه لا فى القرار إذ أن التنفيذ فى هذه الحالة لايستند إلى أى أساس قانونى (المرجع السابق ص٢٥٦)

ويرى بونارد أن الحكم بالغاء قرار يكشف عن عدم مشروعيته منذ صدوره
Bonnard. Le controle juridictionnel p. 81.

(١) CE 26 — 12 — 1925 Rodière S 1925 — 111 — 49 Note Hauriou
دكتور سليمان الطماوى القرارات الادارية ص ٥٥٤

(٢) ١٧/١٠/٩٥٩ ع ٤ ص ٦٢٨ .

على أنه فى بعض الحالات النادرة التى يتوقف فيها التنفيذ على الأفراد وبحيث يمكنهم العودة إلى الوضع السابق دون حاجة إلى الالتجاء إلى الإدارة للتدخل بعمل ايجابى من ناحيتها ، فان حكم الإلغاء يكفى فى هذه الحالات لترتب بذاته كل آثاره . كالحكم بالغاء لائحة جنائية، يحل الأفراد من الالتزام بأحكامها ، ويفرض على القاضى الجنائى التزاماً بعدم تطبيقها ، ولو لم تتدخل الادارة من جانبها باجراء ايجابى لسحبها من مجال التطبيق تنفيذاً لحكم الالغاء.

والالتزام السلبى للادارة بعدم تنفيذ القرار الملغى لا يثير صعوبة وإن كان يأخذ أشكالا للتحايل . أما الالتزام الايجابى باعادة الحال إلى ما كان عليه وتسوية الأوضاع والمراكز بالمطابقة لما قضى به الحكم ففيه تكمن الصعوبة وتبرز الخلافات حول التنفيذ ، بل وعدم التنفيذ ، نتناولها كلها فى الفصل التالى .

الفصل الثانى

تنفيذ الأحكام

المبحث الأول

التنفيذ عن الفترة السابقة على الحكم

الالتزام بالتنفيذ :

ليس من طبيعة الأحكام الصادرة فى القضاء الكامل أن تثير مشاكل أو صعوبات قانونية . فالأحكام الصادرة بالديون أو التعويضات تحدد المبالغ المحكوم بها أو تجعلها قابلة للتحديد على الأسس المقضى بها ، وما على الإدارة إلا اتخاذ الاجراءات المادية لصرف قيمتها إلى المحكوم لصالحهم . كذلك فانه فى دعاوى التسويات يحدد الحكم فى أسبابه بل وفى منطوقه أساس التسوية وعناصرها وآثارها المالية ، وما على الإدارة إلا تنفيذها على النحو الذى حدده الحكم وصرف الفروق المالية إن تمخضت التسوية عن مثل هذه الفروق . وعلى ذلك فان تنفيذ الأحكام الصادرة فى دعاوى القضاء الكامل لا يقتضى إلا اتخاذ إجراءات مادية بحتة ، ثم أنه يخلو من التعقيد ، نظراً لأن الحكم يحدد فى قضائه الحقوق المحكوم بها بما يحسم كل نزاع حولها .

أما الحكم بالالغاء فقد ذكرنا أنه يرتد رجعياً فى قضائه بعدم المشروعية إلى تاريخ صدور القرار الملغى ، ليجرده من كل آثاره ، ويسبغ عدم المشروعية على ما تم تنفيذه منها . ثم أنه من ناحية أخرى لا يرتب الآثار الصحيحة أو يصحح من الآثار الخاطئة ، لأن ذلك من صميم عمل الادارة تتولاه بنفسها ، فتقوم باعادة الحال إلى ما كان عليه وتسوية الأوضاع والمراكز القانونية تنفيذاً مطابقاً لما قضى به الحكم .

وتداخل الادارة بأعمال التنفيذ ، هو التزام يتحقق فى جانبها بالحكم وقد يدعوها إلى اتخاذ أعمال قانونية باصدار القرارات الإدارية اللازمة ، أو إلى مجرد أعمال مادية تنفيذية لا ترقى إلى مرتبة القرارات الادارية .

وفى ذلك نفرق بين نوعين من القرارات الملغاة : فمنها ما تكون قرارات ايجابية ، وهى تكون كذلك كلما أحدثت جديداً فى الأوضاع القانونية سواء بانشاء أو تعديل أو الغاء مركز قانونى . ومثلها قرار فصل موظف أو اعتقال شخص أو الاستيلاء على عقار أو محو قيد محام فى النقابة . والحكم بالغاء مثل هذه القرارات الايجابية ، بجردها منذ صدورها ، من كل آثارها التى ترتبت عليها فى فصم العلاقة الوظيفية للموظف ، أو تقييد الحرية الشخصية للمعتقل ، أو حيازة العقار المستولى عليه . وهذه الرجعية هى الرجعية الهادمة غايتها إعدام كل أثر للقرار فى الماضى (١) .
retroactivité distructive

وان تداخل الادارة باعادة الحال إلى ما كان عليه قبل صدور القرار الملغى ، وذلك باعادة الموظف إلى وظيفته ، أو اطلاق سراح المعتقل ، أو رد العقار المستولى عليه ، ليس الا عملا مادياً وتنفيذياً للحكم حتى لو أفرغت الادارة عملها فى شكل قرار بالغاء قرار فصل الموظف وباعادته إلى عمله ، فان هذا القرار لا ينهض قراراً ادارياً بالمعنى الدقيق محدثاً لأثره القانونى فى شقه الخاص بالغاء الفصل ، إذ أن هذا الالغاء قد وقع بالحكم وليس بالقرار : وأما عن شقة الخاص بالاعادة إلى الوظيفة فان من أثر الحكم اعتبار العلاقة الوظيفية للموظف قائمة لم تنفصم ، ومن ثم تكون اعادته اليها اجراء مادياً وتنفيذياً للحكم .

وعلى ذلك فان الغاء القرارات الايجابية بما يرتبه من تجريدها من آثارها غير المشروعة يفرض على الادارة التزاماً بازالة تلك الآثار ، وعملها فى ذلك هو مجرد عمل مادى تنفيذى ، تتحلل فيه من الشروط والقواعد

---

(١) د. سليمان الطماوى . القرارات الادارية ص ٥٥٩ .

التى ترتبط بها فى حالة اصدار القرار الملغى خاصة قواعد الإختصاص والشكل (١) .

ومن القرارات ما يكون سلبياً أو امتناعياً وهو يكون كذلك كلما رفضت الادارة احداث تعديل فى الوضع القانونى ، كالقرار الصادر برفض التصريح لشخص بحمل سلاح أو بفتح محل ، أو برفض الاذن له بالسفر ، أو برفض قيده فى جدول المحامين . ففى هذه الحالات فان الحكم بالغائها بجردها من كل آثارها التى ترتبت عليها فى الرفض أو الامتناع عن إصدار الترخيص أو الاذن أوالقيد، وهذه هى الرجعية الهادمة، كما يفرض على الادارة التزاماً باتخاذ القرارالذى رفضت أو امتنعت عن اصداره وهذه هى الرجعية البناءة retroactivité constructive والقرار الذى تتخذه الادارة فى هذا الشأن هو قرار ادارى بالمعنى الدقيق ، فهو الذى يرتب المركز القانونى فى التصريح بحمل السلاح أو الاذن بالسفر أو القيد فى الجدول ، وهو أثر لم يرتبه حكم الالغاء الذى اقتصر على الغاء القرار السلبى بالامتناع عن الترخيص ، دون أن يتعدى ذلك إلى اصدار القرار الايجابى بالترخيص ، وهو عمل من أعمال الادارة ينحسر عنه الحكم احتراماً لاستقلالها .

على أن من القرارات ما تبدو فى ظاهرها ايجابية ، وهى فى حقيقتها — وبالنظر إلى الطاعن فيها — سلبية امتناعية . فقرارات التعيين أو الترقية

---

(١) «المقرر أن هذه الاجراءات لازمة فى الأحوال العادية لحكمة اقتضاها الشارع ضماناً للصالح العام للوصول إلى وضع جديد . فاذا كان هذا الوضع الجديد قد تقرر بحكم فان المفروض حتماً أن الصالح العام قد روعى فيه فلا حاجة بالشارع إلى ضمان آخر. ذلك أن الحكم قرينة قانونية قاطعة على صحة ماقضى به ولا غناء من وراء عرض الوضع الجديد الذى قرره الحكم القضائى على جهة إدارية أخرى لتصدر فيه قراراً . ذلك أنه إذا كان ليس لها إلا أن توافق بغير مناقشة احتراماً للحكم كان العرض عليها غير لازم أو ضرباً من العبث وان كان لها أن تناقش فيه كان مجرد العرض عليها مساساً بقوة الشىء المقضى به وهذا مخالف للقانون لأن قوة الشىء المقضى به أعلى من القرارات الجمهورية و من القوانين ذاتها بل لا تستطيع أن تؤثر فيها القوانين الجديده لذلك يكون اللجوء إلى اجراءات معينة لأخذ رأى جهات ادارية فى الوضع الجديد الذى قرره الحكم تصرفاً بغير مقتض ولاموجب له قانوناً لانعدام علته وعدم الفائده منه بعد صدور الحكم «حسين أبو زيد . مقاله السابق .

تبدو ايجابية بما وردت عليه من تعيين وترقية ، ولكنها فى حقيقتها وفيما تضمنته من تخطى أحد المرشحين فى التعيين أو تخطى أحد الموظفين فى الترقية قرارات سلبية ، ينطبق عليها ما ذكرناه فى الفقرة السابقة عن الأثر المترتب على الغاء تلك القرارات . فالحكم بالغاء قرار فيما تضمنه من تخطى مرشح فى التعيين أو تخطى موظف فى الترقية ، بمجرد هذا التخطى وما طواه من امتناع عن تعيين أو ترقية الطاعن من آثاره ، ويرتب التزاماً فى جانب الادارة بتعيين أو ترقية الطاعن بقرار ادارى تتخذه بنفسها ، لينشىء المركز القانونى فى التعيين أو الترقية .

غير أن المحكمة الادارية العليا أثارت فى أحد أحكامها الشك حول قيام التزام فى جانب الادارة باصدار القرار الذى امتنعت عن اصداره كأثر من آثار الحكم بالغاء هذا الامتناع . فقد قضت بأنه « ليس من أثر الحكم أن يعتبر من صدر لصالحه مرقى بذات الحكم ، وإلا كان ذلك بمثابة حلول المحكمة محل الادارة فى عمل هو من صميم اختصاصها بل لابد من صدور قرار ادارى جديد ينشىء المراكز القانونية فى هذا الشأن على مقتضى ما قضت به المحكمة» . ونحن نسلم معها بذلك ونقرها عليه . غير أنها أضافت « وليس للمحكمة أن تلزم جهة الادارة باجراء الترقية فى وقت معين مهما وجد من الدرجات الشاغرة إذ لا تملك المحكمة أن تنصب نفسها مكان الادارة فى تقدير ملاءمة إجراء أو عدم إجراء الترقية فى تاريخ معين وهى ملاءمة تستقل جهة الادارة بالترخيص فى تقديرها حسب ظروف الأحوال ومقتضيات الصالح العام» (١) . ولعل التفسير الظاهرى الذى يمكن مساندة هذا الاتجاه هو أن الغاء قرار ترقية فيما تضمنه من تخطى الطاعن يجيز للادارة الوقوف فى تنفيذ الحكم عند سحب ترقية من تخطاه ، وبذلك يزول العيب الذى اعتور هو القرار التخطى ، ويتم تنفيذ حكم الالغاء الذى انصب على هذا العيب . أما اصدار قرار بترقية الطاعن فليس من آثار الحكم ولا تلتزم به الادارة ، لأنها تستقل بتقدير الوقت المناسب لتلك الترقية .

---

(١) ١٣/٤/٩٥٧ مجموعة العشر سنوات ص ٦٦٨

وهذا التفسير أخذاً بما قضت به المحكمة الادارية العليا ، يقوم بدوره على سلطة الادارة فى اختيار الوقت المناسب لترقية الطاعن ، بعد أن ألغت ترقية من تخطاه فيها . وهو تفسير لا يصادف مقنعاً . ذلك أنه ولئن كان من المسلمات أن الادارة تستقل بتقدير ملاءمة الوقت الذى تجرى فيه الترقية ، فان هذه السلطة لا تقوم بداهة إلا قبل إجراء الترقية . فان أعملت سلطتها واختارت الوقت الذى رأته مناسباً لاجراء الترقية وأجرتها فعلا ، فقد فرغت سلطتها ، ولم يعد هناك مجال للاختيار بعد أن تم الاختيار . وإذا كان هذا النظر هو السائد فى الظروف العادية ، فانه أوجب فى حالة تداخل حكم بالغاء قرار التخطى . ذلك أنه وقد ثبت عدم مشروعية تخطى الطاعن فى الترقية ، فان عدم ترقيته بعد ذلك بذريعة اختيار الوقت المناسب ، لا يمثل فى واقع الأمر إلا إصراراً من الادارة على عدم ترقيته . وان ذريعة السلطة فى اختيار الوقت المناسب ، والتى استنفدتها باصدار القرار فى وقته الذى اختارته ، ليست إلا ستاراً تختفى وراءه لتستر قصدها فى الاصرار على عدم ترقية المحكوم لصالحه . ولسنا نتصور بعد ذلك أن يكون الوقت الذى صدر فيه القرار الملغى مناسباً لترقية غير المستحق ترقية غير مشروعة ، ثم لا يكون مناسباً لترقية المستحق ترقية مشروعة .

وأنه لمما يخفف من حدة ذلك الاتجاه فى حكم المحكمة الادارية العليا أنه غير مستقر وأن المحكمة قد قضت بعده بما يخالفه فى أحكام أخرى كثيرة فقد قضت بأنه «وإذ قضى الحكم بالغاء الأمر الملكى ... فيما تضمنه من ترك المدعى فى الترقية إلى وظيفة وزير مفوض من الدرجة الثانية فيكون مفاد ذلك التزام الادارة باعتبار المدعى مرقى إلى وظيفة وزير مفوض من الدرجة الثانية من تاريخ صدور حركة ترقيات الوزراء المفوضين من الدرجة الثالثة مفوضين من الدرجة الثانية .. وإذ قضى الحكم كذلك بالغاء الأمر الجمهورى فيما تضمنه من ترك المدعى فى الترقية إلى وظيفة وزير مفوض من الدرجة الأولى وما يترتب على ذلك من آثار فيكون مفاد ذلك التزام الادارة باعتبار

المدعى مرقى إلى وظيفة وزير مفوض من الدرجة الأولى .. » (١) كذلك ذهبت إلى أنه «من حق المطعون عليه أن يجابه الادارة ... اعتباراً بأنه بعد نجاح هذا الموظف فى الطعن على قرار ٢١ من نوفمبر سنة ١٩٥٤ قد أصبح مرقى إلى الدرجة الخامسة اعتباراً من هذا التاريخ (٢) وفى هذا الحكم ذهبت المحكمة الادارية العليا إلى أبعد مما ذهبت فى كل اتجاه . إذ لم تقر بالتزام الادارة باصدار قرار بترقية الطاعن فحسب بل و اعتبرته مرقى بالحكم.

ولهذا كله فلازلنا نرى أنه فى كل القرارات الادارية الايجابية منها والسلبية يقع على الادارة التزام بتنفيذ حكم الالغاء ويتحقق ذلك بالنسبة للقرارات الايجابية الملغاة ، باتخاذ الأعمال المادية لازالة آثارها ، وبالنسبة للقرارات الامتناعية ، باتخاذ القرارات التى امتنعت عن اتخاذها مادامت العيوب التى شابتها هى عيوب موضوعية ، وليست عيوباً شكلية تجيز لها إعادة اصدار القرار الملغى .

هذا ويتعين أن يكون تنفيذ الحكم كاملا غير منقوص ، على الأساس الذى أقام عليه قضاءه ، وفى الخصوص الذى عناه ، وبالمدى وفى النطاق الذى حدده . ومن هنا كان لزاماً أن يكون هذا التنفيذ موزوناً بميزان القانون فى تلك النواحى والآثار كافة ، حتى يعاد وضع الأمور فى نصابها القانونى الصحيح وحتى لا تمس حقوق ذوى الشأن ومراكزهم القانونية (٣) .

وإذا لم يعين الحكم فى منطوقه ما الذى سينصب عليه التنفيذ بالذات فلازم أن يكون إجراء هذا التنفيذ على أساس مقتضى الحكم حسبما يبين من أسبابه فى حدود الموضوع الذى تناوله القرار المقتضى إلغاءه وفى ضوء ما تنازع عليه الطرفان وتجادلا فيه وقالت المحكمة كلمتها إذ على هدى ذلك

---

(١) ٢/٧/٩٦٠ ع مجموعة العشر سنوات ص ٦٧٤ .

(٢) ٢١/٦/٩٦٤ ع المجموعة السابقة ص ٦٦١ .

(٣) ٢٦/٤/٩٠٦ المجموعة السابقة ص٦٦٢.

كله يمكن تفهم مقتضى الحكم وتفهم مراميه (١) .

الرجعية فى أعمال التنفيذ :

غير أن الرجعية فى آثار حكم الالغاء، والتى تدرك القرار الملغى منذ صدوره ، وتفضى إلى اعتباره كأن لم يكن تقتضى بالضرورة رجعية فى أعمال تنفيذ الحكم . ولهذا فان التزام الادارة باعادة الحال إلى ما كانت عليه ، أو ما كان يجب أن تكون عليه ، حسبما كشف عنه حكم الالغاء ، لا يقف عند تاريخ صدور الحكم بل ينبغى أن ينسحب إلى تاريخ صدور القرار الملغى .

والرجعية فى أعمال التنفيذ – سواء أكانت أعمالا مادية أم أعمالا قانونية – لا يتصور إلا أن تكون فرضاً نظرياً . فالزمن الذى ينقضى لا يعود ، ولا يمكن اللحاق بما طواه أو تناول الواقع من ثناياه . ولذلك فان التنفيذ الفرضى هو وسيلة التنفيذ العينى للأثر الرجعى فى حكم الالغاء، بل إن من الحالات ما تستعصى حتى على التنفيذ الفرضى ، كالغاء قرار نزع ملكية عقار تم هدمه ، أو إلغاء قرار حرمان طالب من امتحان فات ميعاده ، أو الغاء قرار برفض منح ترخيص بفتح محل . ففى مثل هذه الحالات لا يتصور تنفيذ قرار الالغاء رجعياً ولو افتراضياً . وإزاء استحالة التنفيذ العينى فرضاً ، تحل فكرة التنفيذ بمقابل ، ويحق للمضرور طلب التعويض عن الضرر الذى حاق به (٢).

أما عن التنفيذ الرجعى فرضاً فيتجلى فى أظهر صوره فى قرارات التعيين والترقية والفصل .

---

(١) ٩٤٩/٤/٢٧ م٣ ص ٦٤١ .

(٢) Appleton op. cit p. 638, Drago op cit p. 105

ويراجع الاختلاف فى الآراء حول تكييف هذا التعويض رسالة د. عبد المنعم جبرة . آثار حكم الألغاء ص ٣٥٨ .

فالحكم الصادر بالغاء قرار تعيين أو ترقية فيما تضمنه من تخطى مرشح أو موظف فى التعيين أو الترقية ، يرتب فى جانب الادارة التزاماً باصدار قرار بتعيينه أو ترقيته يرتد بأثر رجعى إلى تاريخ صدور القرار الملغى . وفى ذلك تقول المحكمة الادارية العليا أنه إذا كان الحكم بالغاء الترقية «قد انبنى على أن أحداً ممن كان دور الأقدمية يجعله محقاً فى الترقية قبل غيره ممن يليه ، فألغى القرار فيما تضمنه من ترك صاحب الدور فى هذه الترقية ، فيكون مدى الحكم قد تحدد على أساس الغاء ترقية التالى فى ترتيب الأقدمية ، ووجوب أن يصدر قرار بترقية من تخطى فى دوره ، وبأن ترجع أقدميته فى هذه الترقية إلى التاريخ المعين لذلك فى القرار الذى ألغى الغاء جزئياً» (١).

ومع افتراض تعيينه أو ترقيته اعتباراً من تاريخ صدور القرار الملغى ، فان الادارة تلتزم كذلك بترقيته رجعياً وافتراضياً فى حركات الترقيات التالية ، والتى كان سيلحقه الدور فيها او لم يترك فى الترقية فى القرار الملغى. وفى ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه « إذا استجاب القضاء لطلب المدعى فأنصفه ، وكشف عن استحقاقه للترقية إلى الدرجة السابعة ، وحدد أقدميته فيها بما جعله صاحب الدور فى الترقيات التالية ، وكان قد صدر قبل الفصل فى الدعوى قرارات تالية بالترقية على أساس الأقدمية .. فان تنفيذ الحكم الصادر فى تلك الدعوى بالغاء القرار الأول وما ترتب عليه من آثار يقتضى تصحيح الأوضاع بالنسبة للمدعى فى تلك القرارات التالية وضعاً للأمور فى نصابها السليم كأثر من آثار الحكم المذكور الكاشف لأصل الحق (٢).

كذلك فانه بالبناء على ترقية من تخطى فى الترقية بأثر يرجع إلى تاريخ صدور القرار الذى تخطاه ، فانه يستحق مرتب الدرجة التى تخطى فى الترقية اليها منذ ذلك التاريخ أيضاً ، وتلتزم الادارة بأن تصرف اليه الفروق المالية

---

(١) ١٦/٣/٩٥٧ع ٢ ص ٦١٥ . ٢/٧/٩٦٠ع ٥ ص ١١٤٥

(٢) ١٦/ ٥/٩٦٥ع مجموعة العشر سنوات ص ٦٥٧ .

المترتبة على ذلك (١) .

أما من ألغى قرار تخطيه فى التعيين وصدر قرار بتعيينه بأثر رجعى منعطف إلى تاريخ قرار التخطى ، فانه لا يستحق مرتباً عن فترة التعيين الافتراضية . ذلك أنه من القواعد الأصولية أن المرتب مقابل العمل ، وما دام لم يؤد عملا خلال تلك الفترة فانه لا يستحق عنها مرتباً . ومع ذلك فانه لما كان عدم قيامه بالعمل إنما يرجع إلى خطأ الادارة فى تخطيه فى التعيين وترتب على هذا الخطأ ضرر أصابه ، يتمثل فى حرمانه من المرتب ، وكانت رابطة السبب قائمة بين الخطأ والضرر ، فقد توافرت أركان المسئولية فى حق الادارة والتزمت بالتعويض . وهذا محل استحقاق التعويض محل استحقاق المرتب . وبذلك قضت المحكمة الادارية العليا بأن «الحكم الصادر من المحكمة الإدارية ... بالغاء قرار وزير المالية .. فيما تضمنه من تخطى المحكوم له بقرار التعيين باحدى وظائف الدرجة الثامنة الكتابية وتعيين من يلونه فى ترتيب الدرجات فى امتحان ديوان الموظفين .. ولاجدال فى أن تصرف الادارة المذكور بعد إذ تبين من الحكم المشار اليه مخالفته للقانون يكون خاطئاً ومن ثم تقوم مسئولية الادارة عن الأضرار التى حاقت بالمطعون عليه نتيجة لتخطيه فى قرار التعيين (٢) .

وأما بالنسبة إلى قرارات الفصل ، فان إلغاء قرار فصل موظف يرتب على عاتق الادارة التزاماً باعادته إلى وظيفته ، أيا ما كانت الظروف والاعتبارات . وقد قضى مجلس الدولة الفرنسى بالتزام الادارة بتحقيق هذا الأثر مهما كانت الأسباب التى قام عليها حكم الالغاء ، وأنه لا يجوز لها الامتناع عن اعادته استناداً إلى تعارض هذه الاعادة مع ما تقتضيه مصلحة المرفق ، بالنظر إلى سوء سلوك المحكوم له أو حالته الصحية ، وإنما يتعين على الادارة أن تعيده أولا إلى الخدمة ، ثم تتخذ بعد ذلك ما تخوله لها القواعد

(١) ١٩٦٤/٤/١٩ ع المجموعة السابقة ص ٦٧٣ .
(٢) ١٩٦٤/٣/٢٩ ع ٩ ص ٩١٤ .

المقررة من اجراءات قانونية تتفق وما تتطلبه مصلحة المرفق . وهى تلتزم باجراء هذه الاعادة من نفسها ، دون توقف فى ذلك على طلب صاحب الشأن أو وجود وظائف خالية(١) .

وإذا كان ما تقدم يوضح اتجاهات مجلس الدولة الفرنسى فى التشدد نحو تطبيق مبدأ الالتزام بالإعادة ، فقد كان يستوجب كذلك أن تكون الاعادة إلى ذات الوظيفة التى كان يشغلها الموظف قبل فصله ، إلا أنه لم يعد يشترط إلا أن تكون الاعادة إلى وظيفة من درجته وفى ذات الكادر الذى يشغله ، وليس إلى ذات وظيفته السابقة . كذلك ينبغى تسوية حالة المفصول كما لو لم يكن قد فصل من وظيفته ، وذلك بمراعاة الترقيات التى تمت خلال فترة فصله ، بل وكذلك فرص نجاحه فى المسابقات التى تمت فى هذه الفترة . أما عن مرتبه خلال فترة الفصل ، فانه لا يستحق عنها مرتباً ، ولكن يستحق تعويضاً يجبر الضرر الذى أصابه فى تلك الفترة (٢) .

ولم يتخلف مجلس الدولة المصرى عن هذا الاتجاه . فبالنسبة إلى الاعادة إلى الوظيفة قضى بأنه «لا يكفى أن يقتصر تنفيذ الحكم على مجرد إعادة الموظف إلى الخدمة ولكن فى مرتبة أدنى ودرجة أقل ، وإلا كان مؤدى هذا أن الحكم لم ينفذ فى حقه تنفيذاً كاملا بل نفذ تنفيذاً مبتوراً منقوصاً ، ولكان هذا بمثابة تنزيل فى مرتبة الوظيفة أو فى درجتها ، وهو جزاء تأديبى مقنع . ولا يجدى فى تبرير مثل هذا التنفيذ المنقوص ، أن تكون الادارة بادرت بعد إصدار قرارها المعيب بشغل وظيفة المدعى سواء بالتعيين فيها ابتداء أو بالترفيع اليها ، فأقامت بتصرفها هذا صعوبة قوامها عدم وجود وظيفة شاغرة من نوع تلك التى كان يشغلها المدعى قبل تسريحه ليمكن اعادته اليها ، ما دامت الادارة هى التى تسببت بتصرفها غير السليم فى إيجاد هذه

---

(١) يراجع فى ذلك الأحكام العديده التى أشار اليها دكتور عبد المنعم جبره فى رسالته المرجع السابق ص ٤٩١ .

(٢) Waline. Le controle jutridictionnel de l'administration p. 194, Drago op. cit. P. 108.

الصعوبة ، وخلق الوضع غير القانونى الذى كان مثار دعوى الالغاء ، فلايجوز لها أن تتحدى بخطئها فى ايجاد هذا الوضع الذى لاذنب للمدعى فيه، إذ لايجوز أن يضار المدعى بذلك فيكون ضحية هذا الخطأ . ولامندوحة للادارة والحالة هذه، من تدبير الوسائل الكفيلة باعادة الحق إلى نصابه، نزولا على حكم الالغاء ومقتضاه ، وازالة العوائق التى تحول دون ذلك ، اما بتخلية الوظيفة التى كان قد فصل منها المدعى بقرار التسريح الملغى وتعيينه فيها ذاتها ، أو بتعيين المدعى فى وظيفة أخرى شاغرة من نفس المرتبة والدرجة واعتباره فيها قانوناً منذ تسريحه الأول ، لو أرادت الادارة الابقاء على الموظف الشاغل لوظيفة المدعى الأصلية. ذلك أن الأصل فى الالغاء أنه يترتب عليه زعزعة جميع المراكز القانونية غير السليمة التى ترتبت على القرار الملغى ، ويصبح من المتعين فى تنفيذ الحكم الذى قضى بالغائه، أن يعاد تنظيم المراكز القانونية على مقتضى حكم الالغاء حتى ينال كل موظف ما يستحق بصورة عادية فيما لو لم ترتكب المخالفة فى القرار الملغى(١)».

ومع ذلك فان الاعادة يجب أن تنصب على ذات الوظيفة التى كان يشغلها المفصول قبل فصله ، إذا كانت من الوظائف المتميزة كوظيفة مستشار بمحكمة النقض (٢) أو عمدة (٣).

وأما عن التزام الادارة بتسوية حالة المفصول بافتراض وجوده فى الخدمة وحصوله على الترقيات التى كان سيصيبه الدور فيها لو لم يفصل من وظيفته ، فالقضاء فى ذلك ثابت ومستقر (٤) . كذلك استقر القضاء على أن الغاء قرار

---

(١) ٢٦/٤/٩٦٠ ع٥ ص ٧٣ .

(٢) CE 26-10-960 Corvisy RDP. 960 p. 165.

(٣) ١٠/٦/٩٥٢ م٦ ص ١١١٨ ، ١٨/١٢/٩٥٣ م٨ ص ٣٣٧ وفى مثل هذه الحالات فان الغاء القرار الصادر بفصل عمدة يستتبع إلغاء جميع الآثار المترتبة عليه ومنها اجراءات تعيين العمدة الجديد . وهذا بخلاف الحالات التى يمكن فيها تنفيذ حكم الإلغاء دون فصل من حل محل الموظف المفصول إذ يمكن اعاده المفصول إلى وظيفة مماثلة لوظيفته أو نقل من حل محله إلى وظيفة أخرى مماثلة.

(٤) ٢٦/١/٩٥ م٨ ص ٥١٣

الفصل – كما هو الشأن فى إلغاء قرار التخطى فى التعيين – لا يرتب حقاً للمفصول فى مرتبه عن مدة الفصل ، وإنما يكون سنداً للمطالبة بالتعويض عنه . فقد قضت المحكمة الادارية العليا «ومن حيث ان المدعى يطالب الحكم له بمرتبه عن مدة الفصل ، بدعوى أن ذلك المرتب من الآثار الحتمية المترتبة على إلغاء قرار الفصل . ومن حيث إن المرتب انما يمنح مقابل العمل ذلك يصدر قرار بالتعيين فى الوظيفة ومع ذلك لا يحتسب الأجر إلا من تاريخ تسلم العمل ، وليس من تاريخ صدور قرار التعيين ، وقد تطول الفترة بينهما . ولا تفيد الحجة بأن الحكم إذ قضى بالغاء قرار الفصل فان معناه عدم مشروعية القرار المذكور ، وأن المدعى منع من مباشرة عمله نتيجة لهذا القرار المخالف للقانون ، ويكون من حقه اذن أن يتقاضى مرتبه كاملا عن مدة فصله ، لأن امتناعه كان لسبب خارج عن إرادته؛ لا حجية فى ذلك القول ، لأن العمل غير المشروع أو المخالف للقانون إنما تسأل عنه الادارة بدعوى تعويض متى توافرت عناصرها ومقوماتها التى توجب المسئولية ، وهذا الأمر متروك للمدعى ومن حقه إذا شاء أن يلج هذا الباب » (١)

وهكذا فان حكم الالغاء يفرض على الادارة التزاماً بتنفيذه تنفيذاً عينياً ، وهذا التنفيذ العينى ينبغى أن يكون مرجعياً يرتد إلى تاريخ صدور القرار الملغى . وهو لا يكون إلا فرضياً وذلك بافتراض أن القرار الملغى لم يصدر ثم ترتيب آثار ذلك على الأوضاع والمراكز القانونية القائمة وقتئذ وتسويتها والتدرج بها إلى وقت تنفيذ الحكم ، وذلك كله على النحو الذى حدده الحكم واستهدفه بقضائه . وفى الحالات التى يستحيل فيها التنفيذ العينى يتحول التزام الادارة إلى التزام بالتنفيذ بمقابل .

مراكز الغير التى تتأثر بالتنفيذ :

على أن التنفيذ العينى الرجعى لحكم الالغاء الجزئى ، بما يحمله من اعتبار هذا القرار كأن لم يكن ، و إعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه قبل

---

(١) ١٩٦٢/١/١٣ ع٧ ص ٢٢٦ ، ١٩٦٦/٣/٦ ع ١١ ص ٢٠٩

صدوره ، قد يؤثر فى مراكز قانونية تحققت لأصحابها بالقرار الملغى أو بقرار آخر بنى عليه . فالقرار الصادر بالغاء تخطى موظف فى الترقية يمتد إلى الغاء ترقية من تخطاه بغير حق . وإلغاء قرار فصل موظف يمتد إلى الغاء قرار من عين فى وظيفته . ومع حدة هذه الآثار ، التى تصيب أفراداً لغير ذنب جنوه، ولا دخل لهم فى القرارات التى ألغيت وانقلبت وبالا عليهم، فقد اتجه القضاء إلى التخفيف من أثرها. من ذلك اتجاهه إلى عدم التمسك باعادة الموظف المفصول إلى ذات وظيفته التى كان يشغلها، وذلك مراعاة لمركز من شغلها بعده ، إذ يكفى اعادة المفصول إلى وظيفة من ذات درجته . اللهم إلا فى الوظائف الخاصة المتميزة كوظائف العمد ، إذ يترتب على الغاء قرار فصل عمدة ضرورة إلغاء قرار تعيين من حل محله .

كذلك فانه فى حالة إلغاء قرار تخطى موظف فى الترقية وما يرتبه ذلك من إلغاء ترقية من تخطاه ، فقد استقر القضاء على ضرورة مراعاة مركز من ألغيت ترقيته، ودوره فى الترقيات التالية التى كانت ستصيبه لو ظل على حاله دون ترقية بالقرار الملغى . وفى ضوء ذلك قضت المحكمة الادارية العليا بأنه «إذا صدر حكم لصالح موظف بالغاء قرار الترقية فيما تضمنه من تخطيه فى الترقية ، وكانت قد صدرت قرارات تالية بالترقية قبل أن يصدر حكم الإلغاء، وكان من ألغيت ترقيته بالحكم المذكور يستحق الترقية بدوره فى أول قرار ، فان وضع الأمور فى نصابها السليم يقتضى أن يرقى المذكور فى أول قرار تال بحسب دوره فى ترتيب الأقدمية بالنسبة للمرقين فى هذا القرار ، وهكذا بالنسبة إلى سائر القرارات الأخرى الصادرة بعد ذلك(1)». بل لو رأت الادارة الابقاء على ترقية المطعون فى ترقيته ، وتنفيذ الحكم الصادر بترقية من ترك فى الدور على أية درجة خالية ، مع ارجاع أقدميته فيها إلى التاريخ المعين لذلك فى الحركة الملغاة ، وذلك منعاً لزعزعة المراكز

---

(1) ١٩٥٧/٣/١٦ ع٢ ص٦٩٥

القانونية التى استقرت لذويها ، فلا تثريب عليها فى ذلك (١)

ومع ذلك فانه فى الحالات التى يستحيل فيها تنفيذ حكم الالغاء دون المساس بحقوق الغير فان ذلك لا يخل الادارة من مسئوليتها عن التعويض (٢). أما مصالح الغير التى لا ترقى إلى مرتبة الحقوق فان اهدارها تنفيذاً للأحكام لا يعتبر خطأ يستوجب المسئولية (٣)

المبحث الثانى

التنفيذ عن الفترة اللاحقة لصدور الحكم

الامتناع عن تنفيذ القرار الملغى :

إن الالتزام الإيجابى المفروض على الادارة باعادة الحال إلى ما كانت عليه وقت صدور القرار الملغى ، يقترن بالتزام سلبى ، يتحصل فى امتناعها عن تنفيذ ذلك القرار بعد الحكم بالغائه ، أو الاستناد اليه فى إصدار قرارات أخرى تستمد منه ، وهذا هو الأثر الفورى الحال لحكم الالغاء . فبصدوره ينعدم القرار ويشكل تنفيذه اعتداء مادياً وعملا من أعمال التعدى . وقد سبق تفصيل ذلك .

وكلا الالتزامين الايجابى والسلبى يتكاملان ويكونان وحدة تستغرق التنفيذ الكامل للحكم . وإذا كانت سلبية الادارة فى الوفاء بالتزامها الايجابى — بعدم إعادة الحال إلى ما يجب أن تكون عليه — يجعل تنفيذ الحكم ناقصاً ومبتوراً ، فان تجاوز الادارة التزامها السلبى بعمل ايجابى — بتنفيذ القرار بعد الغائه — يمثل تعدياً بل وتحدياً لحكم الالغاء .

غير أن الادارة لا تلجأ عادة إلى مجابهة القرار بعمل من أعمال التنفيذ بعد الحكم بالغائه ، لأن المخالفة فى ذلك مع جموحها ظاهرة سافرة . وإنما هى

(١) ٢٨/١١/٩٥٩ ع٥ ص٦٨ ، ١٦/٣/٩٥٧ ع٢ ص٦٩٥

(٢) Drogo III p. 106. CE 29/7/932. Association des fonctionnaires de la marine Rp. 825

(٣) Alilbert op. cit. p. 304

تلجأ ، حين تستبد بها الرغبة فى الاستمرار فى تنفيذ القرار الملغى ، إلى الحيلة والتحايل ، وذلك باصدار قرار جديد ، يحمل فى ظاهره الجدة ، وفى باطنه معالم القرار الملغى ، ليرتب ذات آثاره ، أو آثاراً مماثلة من جنس ما استهدفته بقرارها الملغى . كأن يصدر الحكم بالغاء قرار فصل موظف فتقوم الادارة — بعد الحكم — بالغاء وظيفته وتتخذ هذه سبباً لاصدار قرار فصل جديد(١) أو يحكم لأجنبى بالغاء قرار إبعاده فتقوم باصدار قرار باعتقاله. فى مثل هذه الحالات يكون القرار الجديد إجراء مقنعاً ، يعيد الحياة إلى القرار الملغى ، ويقع بدوره باطلا وغير مشروع (٢).

من ذلك ما قضت به المحكمة الادارية العليا من أنه «إذا كان الثابت أن الادارة — بعد أن نفذت حكم المحكمة العليا بدمشق الذى قضى بابطال قرار تسريح المدعى تنفيذاً ميتوراً بوصفه فى مرتبة أدنى لم تقف عند هذا الحد ، بل انها بعد أن رفع دعواه طالباً إعادته كما كان فى وظيفته ذاتها بمرتبها ودرجتها ، بادرت إلى اصدار قرارها بتسريحه من الخدمة مرة أخرى مستندة فى هذا التسريح إلى أسباب لاتخرج فى مضمونها عن الأسباب التى استندت اليها فى قرارها الأول بتسريحه من الخدمة ، وهو الذى قضى بابطاله بحكم المحكمة العليا بدمشق ، ولما يمضى على إعادته إلى الخدمة تلك الاعادة التى كانت محل الطعن من جانبه وقت بدر فيه منه ما يبرر فصله بقرار جديد يقوم على عناصر جديدة مستقاه عن سلوكه الوظيفى فى تلك الفترة التى يقرر أنه اقترح فيها وسام الاستحقاق السورى من الدرجة الثانية ، بل يبدو أن هذا القرار وكأنه كان رداً على دعواه المذكورة ، فانطوى بذلك على تحد لحكم المحكمة العليا السابق الذى حاز قوة الأمر المقضى ، والذى يعتبر عنواناً للحقيقة فيما قضى به فى منطوقه وما قام عليه فى أسبابه الجوهرية المتصلة بهذا المنطوق ، ومقتضاه دون إمكان العودة إلى إثارة النزاع فى هذا كله ، فوجب احترامه والنزول على حكمه ومقتضاه ،

(١) CE 24 — 6— 1944 Hopitol Hospice d'Argentcruil Rp. 179

(٢) Waline op. cit. p. 272, Drago op. cit. p. 35

و د. الطماوى . رقابه القضاء الادارى ص٧٥٢

وإلا كان تصرف الادارة بغير ذلك مخالفاً للقانون ومشوباً باساءة استعمال السلطة واجباً إلغاؤه (١).

استثناءات :

على أن هذه القاعدة فى عدم جواز إعادة إصدار أو إحياء القرار الملغى ، لا تسرى باطلاق الا إذا كان العيب الذى شاب القرار وألغى من أجله عيباً موضوعياً ، إذ عندئذ يمتنع على الادارة أن تتخذ قرار يعيد القرار الملغى فى موضوعه . أما إذا كان العيب الذى أصاب القرار الملغى عيباً شكلياً ، كعدم الاختصاص أو عيب فى الشكل ، فان الادارة تسترد سلطتها — بعد الحكم بالالغاء — فى إعادة بحث الموضوع بمراعاة قواعد الشكل والاختصاص الصحيحة ، وأن تصدر فيه قراراً جديداً واو كان مطابقاً فى موضوعه للقرار الملغى .

وفى ذلك استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسى على أنه إذا كان الغاء القرار يرجع إلى عيب فى الاختصاص أو الشكل ، فانه لا يحول دون الادارة واصدار قرار جديد يعيد فى موضوعه القرار الملغى مع اتباع قواعد الاختصاص أو الشكل التى أثار مخالفتها حكم الالغاء . وفى هذه الحالة فان القرار الجديد يرتب أثره من يوم صدوره ولا يرتد إلى تاريخ صدور القرار الملغى (٢).

وقد سار القضاء المصرى على هذا النهج ، ففيما يتعلق بالالغاء لعيب فى الاختصاص قضت المحكمة الادارية العليا بأنه «إذا كان الثابت من كتاب مصلحة السكك الحديدية .. أن مدير عام المصلحة لم يكن فى أجازة يوم ٢٦ من يوليو سنة ١٩٥٤ ، وهو اليوم الذى أوقع فيه الجزاء على المدعى ، كما لم يثبت أن مانعاً ما قد حال دون قيام المدير العام بمباشرة هذا الاختصاص حتى يمكن أن يحل محله وكيله فى مباشرته ، فان هذا القرار إذ صدر من غير

---

(١) ٢٦/٤/٩٦٠ ع مجموعة العشر سنوات ص٥٧٦

(٢) Drogo op. cit. III p. 105, Appleton op. cit. p. 638
والأحكام المشار اليها فيهما .

مختص باصداره يكون مخالفا للقانون متعيناً الغاؤه ، إلا أنه يجب التنبيه إلى أنه مهما يكن من أمر موضوع التهمة ذاتها ، وفى شأن ثبوتها أو عدم ثبوتها ، وفى نوع العقوبة التى يمكن توقيعها ، فان القرار المشار اليه قد شابه عيب ينبنى عليه بطلانه بسبب عدم اختصاص وكيل المدير العام ، فيتعين والحالة هذه اعادة عرض الموضوع على الرئيس المختص قانوناً لتقرير ما يراه فى شأن ما هو منسوب للمدعى ، من حيث ثبوته أو عدم ثبوته ، والجزاء الذى يوقع عليه فى حالة ما إذا رؤى إدانته فيما هو منسوب اليه ليصدر قراره فى هذا الشأن» (١).

كما قضت المحكمة الادارية العليا بالنسبة لعيب الشكل بأن على الادارة «أن تلتزم الأوضاع الشكلية التى قررها الكادر المذكور — كادر العمال — وقد تناول النص فى حالة فصل العامل من الخدمة لسبب تأديبى فقضى بأنه «لا يجوز فصل العامل من الخدمة لسبب تأديبى الا بموافقة وكيل الوزارة بعد أخذ رأى اللجنة الفنية المشار اليها فيما تقدم» وفى الإعراض عن ذلك إهدار لضمانة حرص عليها المشرع لصالح العمل . فاذا ما صدر القرار المطعون فيه وهو قرار الفصل مخالفاً لأحكام القانون ، كان خليقاً بالالغاء ، وهذا الالغاء لا يعطل بطبيعة الحال من سلطة الادارة فى إعادة إجراءات التحقيق والمحاكمة ، وما لها من سلطة ، فى توقيع الجزاء التأديبى على ما يثبت لديها فى حق المطعون عليه من ذنب» (٢).

وإذا كانت القاعدة أن العيوب الموضوعية تحول دون الادارة واعادة إصدار القرار الملغى صريحاً كان أم مقنعاً ، فانه فى بعض الحالات يجوز فيها اعادة ذلك القرار ، كما لو كان جزاء تأديبياً حكم بالغائه لما شابه من غلو فى تقدير الجزاء وإفراط فى القسوة ، إذ عندئذ يجوز للادارة أن تعيد اصدار القرار بانزال الجزاء المناسب . أو كان قد جوزى لعدة تهم ثبت عدم صحة

(١) ٩٥٩/٥/٩ ع٤ ص١٢٣٦ ، ٩٥٩/٤/٢٥ ع ٤ ص١١٣٦

(٢) ٩٦٣/٣/٢٣ ع٨ ص٨٠٩

بعضها فالجزاء والحالة هذه «لا يقوم على كامل سببه ويتعين إذن إلغاؤه لإعادة التقدير على أساس استبعاد ما لم يقم فى حق الموظف وبما يتناسب صدقاً وعدلا مع ما قام فى حقه، حتى ولو كانت جميع الأفعال المنسوبة اليه مرتبطة بعضها مع البعض الآخر ارتباطاً لا يقبل التجزئة . إذ ليس من شك فى انه إذا تبين أن بعض هذه الأفعال لا تقوم فى حق الموظف ، وكان ذلك ملحوظاً عند تقدير الجزاء ، لكان للادارة رأى آخر فى هذا التقدير ، فلا يجوز أن يكون الموظف ضحية الخطأ فى تطبيق القانون (١) »

ومن المقرر فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى انه فى الحالات التى يجوز فيها للادارة تصحيح القرار الملغى ، فانه يتعين عليها تنفيذ حكم الالغاء ، باعادة المراكز إلى ما كانت عليه ، كاعادة الموظف المفصول مثلا قبل أن تتخذ قراراً آخر بفصله (٢) .

---

(١) ١٩٥٧/١١/٩ ع٣/١ ص١٧٤ ، ١٩٥٣/٣/٦ م٧/٣ ص١٦٠٠

(٢) Appleton op. cit. p. 628, Drago op. cit. III p. 106

الفصل الثالث

مسئولية الادارة عن عدم تنفيذ الأحكام

ليس هناك فى القانون الادارى كله من مشكلة تمثل الأهمية التى تحتلها مشكلة الوسائل الكفيلة باكراه الادارة على تنفيذ أحكام القضاء الادارى . فهذا القضاء هو الذى يردها إلى حظيرة القانون ، ويكشف لها عن تفسيره الصحيح ، بل هو الذى يقيم قواعد القانون الادارى الذى تخضع له الادارة . ولهذا فانه ما لم توجد وسيلة لاكراه الادارة على الخضوع لأحكامه ، فان كل هذا القضاء يتحول إلى مجرد شرح نظرى للقوانين ، دون قوة عملية أو فاعلية بأكثر مما للمناقشات التى تدور فى معهد أو كتابات الفقه (٣)

وليس شك فى أنه مما ضاعف فى حدة المشكلة مذهب القضاء الادارى الذى استقر عليه فى تفسير وتطبيق مبدأ الفصل بين الادارة العاملة والقضاء الادارى ، وأدى به إلى نوع من الانكماش فى قضائه، محصوراً فى دائرة الحكم بالغاء القرارات غير المشروعة أو تقرير الحقوق أو ترتيب التعويضات دون أن يتطرق من خلال ذلك أو ترتيباً عليه ، خاصة فى أحكام الالغاء، إلى تحديد التزامات الادارة المترتبة عليها كأثر حتمى مباشر لها ، غلقاً لأبواب الاجتهاد أو التحايل للتهرب من تنفيذها .

يضاف إلى ذلك أن الإدارة فرع من السلطة التنفيذية تملك القوة العامة ، واليها يلجأ الأفراد لمعاونتهم فى تنفيذ الأحكام الصادرة بينهم باستعمال القوة الجبرية عند الاقتضاء . فاذا ما امتنعت الإدارة عن تنفيذ حكم صدر ضدها فليس للمحكوم له من وسيلة لإكراهها عليه باستعمال القوة الجبرية . ولا يتصور أن الادارة وهى التى تملك هذه القوة ، تستخدمها لتكره نفسها على

---

(٣) Waline Le Cotrole op. cit. p. 199.

تنفيذ حكم لا ترضى عن تنفيذه . وبهذا يتمخض الأمر عن حقيقة نابعة من طبيعة النظام القانونى ، وهى أن تنفيذ الأحكام القضائية إنما يتوقف على خضوع الإدارة الاختيارى ، وإقدامها طوعاً ورضاء على تنفيذها (١) .

وإذا لم يكن هناك من وسيلة قانونية لاكراه الادارة على تنفيذ الحكم ، فان ذلك لا يخلى مسئوليتها عن عدم تنفيذه ، لأن عدم التنفيذ وما ينطوى عليه من إهدار لقوة الحكم الملزمة وحجية الشيء المقضى به ، يمثل فى جانب الإدارة خطأ يرتب مسئوليتها عنه .

وتقرير المسئولية كجزاء لعدم التنفيذ أو التأخير فيه ، يبدو مبسطاً وخالياً من التعقيدات فى حالات الأحكام الصادرة بالتعويضات أو باقرار الحقوق والتى تتمخض بدورها عن أداء مبالغ مالية . لأن عدم تنفيذ الادارة لهذه الأحكام ، من شأنه سريان فوائد التأخير فى حقها ، بل و يجوز الحكم عليها أيضاً بالتعويضات ، اذا كان عدم التنفيذ راجعاً إلى سوء نيتها (٢) . فضلا عن مسئوليتها الجنائية ، وهو نظام انفرد به نظامنا فى مصر على النحو الذى سنوضحه فيما بعد .

غير أن الأمر يبدو أكثر دقة فى حالات الحكم بالالغاء . إذ تتخذ صور عرقلة تنفيذ هذا الحكم أشكالا شتى ، تختلف معها صور المسئولية عنها . وهى تتحدد فى أربعة :

١ – الغاء كل القرارات التى اتخذت بالمخالفة لحكم الالغاء .

٢ – مسئولية الادارة بالتعويض عن عدم تنفيذ حكم الالغاء أو التأخير فى تنفيذه .

٣ – المسئولية الشخصية للموظف الذى امتنع عن تنفيذ حكم الالغاء .

٤ – المسئولية الجنائية . نستعرضها تباعاً فيما يلى

---

(١) Alibert op. cit. p. 303, Vedel op. cit. p. 477

(٢) Waline op. cit. p. 273

الغاء القرارات المتخذة بالمخالفة لحكم الالغاء :

إن حجية حكم الالغاء هى قاعدة من قواعد القانون ، تفرض على الإدارة ، وتمثل مخالفتها من جانبها مخالفة للقانون ، تقوم بذاتها وجهاً لإلغاء القرار المخالف لتلك الحجية (١) .

وعلى ذلك فانه نزولا على الحجية المقررة لحكم الالغاء ، يمتنع على الادارة إعادة إصدار القرار الملغى فى ذات ظروفه وأشكاله ، وإلا كان قرارها الجديد مشوباً بمخالفة القانون وباطلا . وقد ذكرنا ان الادارة قلما تلجأ إلى ذلك لأن وجه المخالفة فى القرار الجديد سافرة ومباشرة ، ومع ذلك فقد شهد مجلس الدولة الفرنسى حالات كان يلغى فيها القرار ، فتقوم الادارة باعادة إصداره فيلغيه من جديد ، وهكذا حتى وصل عدد القرارات الملغاة خمس قرارات متتالية ، ورأى البعض فى ذلك صراعاً دائراً بين مجلس الدولة والادارة (٢) .

وقد تتحايل الادارة على القرارالملغى باصدار قرار جديد يرتب آثار القرار الملغى ، ويعيده إلى الحياة متذرعة فى ذلك بأسباب لا شك تخضع لتقدير القاضى ، للتحقق مما إذا كانت وهمية اتخذتها الادارة تكئة لإعادة إصدار القرار الملغى ، أم انها أسباب جدية وحقيقية نشأت بعد حكم الالغاء وتبرر اصدار القرار الجديد . وتطبيقاً لذلك فانه إذا أعيد موظف إلى الخدمة بعد الغاء قرار فصله فانه لا يجوز للادرة اعادة فصله للأسباب ذاتها التى فصل من أجلها بالقرار الملغى (٣)

---

(١) Alibert op. cit. p. 302, 304

وأن القرارات التى لا تأخذ فى الاعتبار حكم الالغاء ترتكب مجاوزة السلطة .

Controle juridictionnel des décisions de nomination et de promotion d'avancement des fonctionnaires publics R.D.P. 1928 p. 123.

(٢) Waline op. cit. 273

(٣) ٢٦/٤/٩٦٠ع٥ ص٧٣٠

المسئولية عن عدم التنفيذ :

إن امتناع الادارة عن تنفيذ حكم الالغاء يعتبر تصرفاً خاطئاً يرتب مسئوليتها بالتعويض عنه، إذ ينطوى على مخالفة لقوة الشيء المقضى به ، وهى مخالفة لمبدأ أساسى ، وأصل من الأصول العامة الواجبة الاحترام ، لإشاعة الطمأنينه واستقرار الأوضاع ، وإحاطة أحكام القضاء بسياج من الحماية (١) .

وتطبيقاً لذلك فانه «متى كان الثابت أن الحكومة كان يتعين عليها عندما صدر الحكم لصالح المدعى من محكمة القضاء الادارى أن تعيده إلى الخدمة العاملة برتبة لواء ، حيث لم يكن قد بلغ سن التقاعد المقررة لهذه الرتبة ، فان إمتناع الحكومة عن إعادته كان مخالفاً للقانون ، وإهداراً لأثر الحكم الصادر لصالحه يوجب مسئوليتها بالتعويض» (٢)

وليس بجدى فى امتناع الادارة عن التنفيذ ، التعلل بالذرائع . فلا يقبل منها التعقيب على الحكم بأنه بنى على غش(٣)، إذ أن مجال هذا التعقيب هو الطعن بالتماس إعادةالنظر . كما لا يقبل منها الادعاء باستحالة التنفيذ ،ما دام أن إجراء مقتضاه لا يؤدى إلا إلى إفادة الصادر لصالحه الحكم من مزايا مالية (٤).

كذلك فان تنفيذ الحكم تنفيذاً ملتوياً يأخذ حكم عدم التنفيذ ويرتب مسئولية الادارة . فاذا كان تنفيذ الحكم ، لا يستلزم الغاءترخيص صيدلية، ولم يكن الغلق نتيجة لازمة لتنفيذهذا الحكم ، فان الادارة تكون قد تنكبت الطريق الصحيح فى تنفيذه ،ومكنت أحد الخصوم فى تحدى تنفيذ الحكم؛ وبهذا كان تنفيذها للحكم ملتوياً يرتب مسئوليتها عنه (٥).

---

(١) ٢٠/٢٢/٩٥٦ م١١ ص١٠١ ، ٢/٧/٩٦١ م١٥ ص٢٩٥
(٢) ١٩/١/٩٥٥ م٩ ص٢٤٩
(٣) ٢/٧/٩٦١م ١٥ ص ٢٩٥.
(٤) ٢/٧/٩٦١ م١٥ ص٢٩٥
(٥) ٩/٣/٩٥٤ م٨ ص٨٩٣

كذلك فان التنفيذ الناقص لحكم الالغاء ، يأخذ حكم عدم التنفيذ فى ترتيب مسئولية الادارة بالتعويض . وفى ذلك تقول المحكمة الادارية العليا «أنه لا يكفى أن يقصر تنفيذ الحكم على مجرد إعادة الموظف إلى الخدمة ولكن فى مرتبة أدنى ودرجة أقل ، وإلا كان مؤدى هذا أن الحكم لم ينفذ فى حقه تنفيذاً كاملا بل تنفيذاً مبتوراً ومنقوصاً » (١).

وبالمثل فان تراخى الادارة فى تنفيذ الحكم ينهض خطأ فى جانبها . غير أنه لما كان تنفيذ الحكم يقتضى إعادة النظر فى جميع الأوضاع والمراكز القانونية ، وإعادتها إلى ما كان يجب أن تكون عليه بالقرار الملغى ، وهى مسائل قد تدق فى البحث ، فانه ينبغى افساح المهلة المعقولة للادارة لتدبر أمرها ، وتستطلع رأى من ترى استطلاع رأيهم من الفنيين . وقد قضت محكمة القضاء الادارى بأنه لما كان تنفيذ أحكامها تنفيذاً عينياً «يتطلب فى كثير من الأحيان اتخاذ اجراءات معينة ، وتدابير خاصة ، لما يحتمل أن يكون لهذا التنفيذ من أثر أو مساس بالأوضاع الادارية ، فانه يكون من حسن سير الأمور ، وجوب اعطاء جهات الادارة فسحة معقولة من الوقت ، كى تدبر أمرها وتهيىء السبيل إلى تنفيذ الحكم على وجه يجنبها الارتباك فى عملها . وتقدير هذا الوقت الملائم متروك أمره ولا شك لرقابة المحكمة على ضوء الواقع من الأمر (٢).

أما إذا تجاوزت الادارة حدود المدد المعقولة للبحث الجدى الذى يستهدف تنفيذ الحكم ، وكشفت الأوراق عن تقاعدها فى تنفيذه ، فان ذلك يصدق عليه وصف الامتناع عن التنفيذ يرتب مسئوليتها بالتعويض ، وإلا جاز لها اتخاذ ذريعة البحث تكئه لإرجاء التنفيذ إلى غير أجل (٣) . ولذلك يتعين على الادارة أن «تقوم بتنفيذ الأحكام فى وقت مناسب من تاريخ صدورها

---

(١) ١٩٦٠/٤/٢٦ م٥ ص٧٣٠

CE 28—3— 1935 Grolier et Crozet Rp. 606.

(٢) ١٩٥١/٢/٧ م٥ ص٥٨٤

(٣) CE 21—3—1928 Minstre de l'Hygiene Rp. 394

وإعلانها ، فان هي تقاعست أو امتنعت دون حق عن التنفيذ في وقت مناسب، اعتبر هذا الامتناع قراراً ادارياً سلبياً مخالفاً للقانون ، يوجب لصاحب الشأن حقاً في التعويض . ولا وجه لما يذهب اليه مفوض الدولة في تقريره من أن الخطأ اليسير في تنفيذ القانون لا يوجب التعويض ، لأن الأمر هنا لا يتعلق بخطأ في فهم القانون ، إذ أن القانون يوجب تنفيذ الأحكام ، ولا تحتمل هذه القاعدة أي غموض في تطبيقها (١).

واستثناء مما تقدم فانه يجوز للادارة الامتناع عن تنفيذ الحكم إذا ما قدرت أن تنفيذه سوف يترتب عليه اخلال خطير بالأمن والنظام، وفي هذه الحالة يتعين تعويض المحكوم لصالحه (٢) . وقد قضت المحكمة الادارية العليا بأنه «ولئن كان القرار الاداري لا يجوز في الأصل أن يعطل تنفيذ حكم قضائي نهائي ، والا كان مخالفاً للقانون ، إلا أنه إذا كان يترتب على تنفيذه فوراً إخلال خطير بالصالح العام يتعذر تداركه، كحدوث فتنة أو تعطيل سير المرافق العامة ، فيرجح عندئذ الصالح العام على الصالح الفردي الخاص، ولكن بمراعاة أن تقدر الضرورة بقدرها وأن يعوض صاحب الشأن إن كان لذلك وجه» (٣)

كذلك لا تنهض مسئولية الادارة في حالة الخطأ في تنفيذ الحكم تبعاً للخطأ في تفسيره ، متى كان هذا الخطأ فنياً يسيراً ، ولم تتنكر الادارة للحكم أو تتجاهله ، وإن ما وقع لا يعدو أن يكون خطأ في فهم مقصود الحكم، وليس امتناعاً متعمداً عن تنفيذه . (٤)

---

(١) ١٩٥٧/٦/٣٠ م١١ ص٦٣٠

(٢) CE 30 — 11—1923 Conteas RP 789 S 1923 — 111—57 Note Hauriou

(٣) ١٩٥٩/١/١٠ ع٤ ص ٥٣٣ . تعليق د. عبد الفتاح حسن «تعطيل تنفيذ الحكم القضائي» مجلة العلوم الادارية السنة السادسة العدد الأول ص ٣٤٣ وأحكام مماثلة في ١٩٥٩/١/١٠ ، ١٩٦١/١٢/٢٣ ع مجموعة العشر سنوات ص٥٧٣ ، ٥٧٥

(٤) ١٩٦٠/١/٤ م١٤ ص١٨١ ، ١٩٦٣/٤/١٥ م٧ ص٨٨٨. وبعكس ذلك قضت بأنه «لا وجه لما يذهب إليه المفوض في تقريره من أن الخطأ اليسير في تفسير القانون لا يوجب التعويض=

المسئولية الشخصية للموظف المسئول عن عدم تنفيذ الأحكام :

وإذا كانت حجية الشيء المقضى به تفرض احترامها على الادارة، وترتب مسئوليتها بالتعويض فى حالة إهدارها ، فقد ترتب كذلك المسئولية الشخصية للموظف المسئول عن عدم التنفيذ ، إذا كان خطوه جسيما وتحقق سوء نيته وتوافرت فى جانبه أركان المسئولية الشخصية . (١)

غير أنه نظراً لصعوبة اثبات الخطأ الشخصى فى حق الموظف، فانه نادراً ما يلجأ المحكوم لصالحه إلى مخاصمة الموظف المسئول شخصياً ومطالبته بالتعويض ، اكتفاء بمطالبة الجهة الادارية المختصة بالتعويض . وحتى فى الحالات التى يوجه فيها المطالبة إلى الموظف شخصياً ، فانه يختصمه مع الإدارة المختصة ، للحكم بالزامهما متضامنين بالتعويض ، حتى إذا ما تخلفت شروط المسئولية الشخصية فى حق الموظف ، أمكن الحكم له بالتعويض قبل الادارة وحدها . هذا ويؤثر الفرد الرجوع على الادارة وهى موسرة ، عن الرجوع على الموظف المسئول ومواجهة إحتمال إعساره .

وقد قضت محكمة القضاء الادارى بأن امتناع الموظف المختص عن تنفيذ الحكم دون مبرر هو «قرار سلبى خاطىء ينطوى على مخالفة لقوة الشيء المقضى به ، وهى مخالفة قانونية لمبدأ أساسى وأصل من الأصول القانونية تمليه الطمأنينه العامة .. ولذلك تعتبر المخالفة القانونية فى هذه الحالة خطيرة وجسيمة لما تنطوى عليه من خروج سافر على القوانين. فهى عمل غير مشروع ومعاقب عليه . ومن ثم وجب اعتبار خطأ المدعى عليه الثالث خطأ شخصياً يستوجب مسئوليته عن التعويض المطلوب (٢) .

=لأن الأمر هنا لا يتعلق بخطأ فى فهم القانون إذ أن القانون يوجب تنفيذ الأحكام ولا تحتمل هذه القاعدة أى غموض فى تفسيرها (٩٥٧/٦/٣٠ م١١ ص٦٣٠)

(١) Waline op. cit p. 273 Appleton op. cit. p. 137

ويرى هريو أن عدم تنفيذ الموظف لحكم مجلس الدولة يشكل خطأ شخصيا

CE 9—7—1909 S 1912 — 3 — 17 Note Hauriou

(٢) ٩٥٠/٦/٢٩ م٤ ص٩٥٦

هذا وقد اعتبرت المحكمة الادارية العليا خطأ الموظف فى عدم تنفيذ الأحكام خطأ شخصياً يسأل عنه فى ماله الخاص . وفى ذلك تقول «ويعتبر الخطأ شخصياً إذا كان العمل الضار مصطبغاً بطابع شخصى ، يكشف عن الانسان بضعفه ونزواته وعدم تبصره . أما إذا كان العمل الضار غير مصطبغ بطابع شخصى ، وينم عن موظف معرض للخطأ وللصواب ، فان الخطأ فى هذه الحالة يكون مصلحياً . فالعبرة بالقصد الذى ينطوى عليه الموظف وهو يؤدى واجبات وظيفته ، فكلما قصد النكاية أو الاضرار أو تغيا منفعته الذاتية ، كان خطؤه شخصياً يتحمل هو نتائجه . وفيصل التفرقة بين الخطأ الشخصى والخطأ المصلحى يكون بالبحث وراء نية الموظف ، فاذا كان يهدف من القرار الادارى الذى أصدره تحقيق الصالح العام ، أو كان قد تصرف ليحقق أحد الأهداف المنوط بالادارة تحقيقها والتى تدخل فى وظيفتها الادارية ، فان خطأه يندمج فى أعمال الوظيفة بحيث لا يمكن فصله عنها ، ويعتبر من الأخطاء المنسوبة إلى المرفق العام ، ويكون خطأ الموظف هنا مصلحياً . أما إذا تبين أن الموظف لم يعمل للصالح العام ، أو كان يعمل مدفوعاً بعوامل شخصية ، أو كان خطؤه جسيما بحيث يصل إلى حد ارتكاب جريمة تقع تحت طائلة قانون العقوبات ، كالموظف الذى يستعمل سطوة وظيفته فى وقف تنفيذ حكم أو أمر أو طلب من المحكمة (المادة ١٢٣ من قانون العقوبات) فان الخطأ فى هذه الحالة يعتبر خطأ شخصياً ويسأل عنه الموظف الذى وقع منه هذا الخطأ فى ماله الخاص»(١).

المسئولية الجنائية عن عدم تنفيذ الاحكام :

وهذه المسئولية تقررت فى القانون المصرى وليس لها مثيل فى القانون الفرنسى . ولا ريب أن تهديد الموظف بالعقوبة الجنائية - الحبس والعزل - هى من أنجع الوسائل فى الزجر والردع ، وضمانة من أقوى الضمانات لاحترام الأحكام وتنفيذها .

(١) ١٩٥٩/٦/٦ ع مجموعة السنوات العشر ص١٣٢١

وقد كانت المادة ١٢٣ من قانون العقوبات معدلة بالقانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٥٢ تنص على أنه «يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومى استعمل سلطة وظيفته فى وقف تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة أو أحكام القوانين واللوائح أو تأخير تحصيل الأموال والرسوم أو وقف تنفيذ حكم أو أمر صادر من أية جهة مختصة . كذلك يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومى امتنع عمداً عن تنفيذ حكم مما ذكر بعد مضى ثمانية أيام من إنذاره على يد محضر إذا كان تنفيذ الحكم أو الأمر داخلا فى اختصاص الموظف» .

وواضح أن التحريم لا يسرى إلا فى حق الموظفين العموميين ، ويرجع فى تحديدهم إلى معيار الموظف العام . كما أن التحريم يتناول فعلين الأول وهو وقف تنفيذ الأحكام وذلك باستعمال الموظف سلطة وظيفته بقصد وقف التنفيذ ، ولا يشترط لقيام هذه الجريمة أن يكون التنفيذ داخلا فى حدود وظيفته ، إذ يكفى لقيامها أن يستخدم سلطة وظيفته لدى المختصين بالتنفيذ ، لحملهم على وقفه . والفعل الثانى هو عدم تنفيذ الحكم ، وهى جريمة عمدية يشترط لقيامها أن يكون تنفيذ الحكم داخلا فى اختصاص الموظف ، وان يتحقق لديه القصد الجنائى وانصراف نيته إلى عدم التنفيذ رغم انذاره على يد محضر وفوات المدد المقررة وهى ثمانية أيام .

وإعمالا لتلك المادة كان المحكوم لصالحه يستطيع أن يقيم الدعوى الجنائية المباشرة ضد الموظف المسئول عن وقف تنفيذ الحكم أو الامتناع عن تنفيذه ، إلى أن صدر القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٥٦ معدلا للمادة ٦٣ من قانون الاجراءات الجنائية والتى أصبحت تنص على إنه «ومع ذلك إذا كانت الدعوى عن جريمة من الجرائم المشار اليها فى المادة ١٢٣ عقوبات وكان الحكم المطلوب تنفيذه فيها صادراً فى منازعة إدارية فلا يجوز رفع الدعوى الجنائية أو اتخاذ إجراء فيها إلا بناء على إذن من النائب العام وعليه أن يأمر بالتحقيق أو يجريه بنفسه أو يكلف أحد المحامين العامين به» . وجاء فى المذكرة الايضاحية تبريراً لضرورة استصدار ذلك الاذن قبل رفع

الدعوى الجنائية أنه «إذا كانت الدعوى موجهة ضد موظف لامتناعه عن تنفيذ حكم صادر فى منازعة ادارية فان الأمر يتطلب مزيداً من التحوط والعناية ،حرصاً على سمعة الادارة والثقة العامة فى قيامها على تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها فروئى لذلك ألا يكون رفع الدعوى فى هذه الحالة أو اتخاذ إجراء فيها إلا بناء على إذن من النائب العام» (١) .

(١) يراجع فى تقدير هذا التعديل وما دار حوله من آراء مؤيده ومعارضه د. عبد المنعم جبره المرجع السابق ص٥٨٥

خاتمـــة

تلك ظروف نشأة مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية وتطورها وأثرها على العلاقات القائمة بينها ، انتقلت — فى الأثر دون المبدأ — من الأرض التى نبتت فيها فى فرنسا إلى قضائنا الادارى فى مصر .

فلقد رأينا كيف كانت الهيئات القضائية — قبل ظهور المبدأ — تتغول — وخاصة محاكم البرلمانات — على وظائف الادارة العاملة حتى كانت تصدر القرارات اللائحية مما أدى إلى القطع بينها ومنع المحاكم من نظر المنازعات الادارية باطلاق . واستردت الادارة أنفاسها فى ظروف سياسية مواتية ، لتصبح قاضية منازعاتها ، فجمعت بذلك بين الوظيفتين الادارية والقضائية ، كما كانت المحاكم تجمع بينها من قبل . ولم يكن هذا النظام فى مساوئه الظاهرة والمؤثرة تأثيراً عميقاً فى مصالح الأفراد وحرياتهم ، ليعيش طويلا . وكان أن فصل داخل الادارة بين الوظيفة الادارية التى تتولاها الادارة العاملة ، ووظيفة القضاء الادارى التى عهد بها إلى مجلس الدولة كهيئة قضاء إدارى . وبهذا أصبح مبدأ الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية بمثابة أسلوب لتوزيع العمل داخل الادارة ، يستند إلى التخصص الوظيفى . ثم كانت صراعات الماضى ومغاباتها وآثارها ، والتى ورثها مجلس الدولة فى يقينه ، تبعده بفرط من الحساسية ، وتباعد بينه فى قضائه وبين ما يمكن أن تنطوى بحق أو بغير حق على مساس باستقلال الادارة . وكان أن نأى عن الحكم على الادارة بشىء — خلاف التعويض — وإلا عد قضاؤه أمراً صادراً اليها ماساً باستقلالها ، أو الحكم عليها بعمل وإلا عد قضاؤه حلولا محلها فى عملها ، أو اكراهها عليه وإلا كان ذلك تدخلا منه فى صميم اختصاصها واعتداء على حريتها فى القيام بوظائفها . ومع تطور مجلس الدولة تطوراً مطرداً وعميقاً مع نمو القانون الادارى واتساع ميادينه ، ونمو الفكر

الديمقراطى وزيادة الايمان به ، ومع بعد الشقة والعهد بينه وبين الظروف التى مهدت بل وفرضت اتجاهاته السابقة فى تفسير وتحديد مفهوم مبدأ الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية وأثرها فى قضائه ، فقد ظل متمسكاً بتقاليده القديمة ، دون أن يسجل عدولا عنها لا ملحوظاً ولا محسوساً ، انتقلت الينا فى قضائنا الادارى المصرى ، بالرغم من عدم انتقال المبدأ ذاته كما سبق الايضاح .

وإن المشكلة تكمن أساساً فى قضاء الإلغاء . ولدواعى الوضوح والاستطراد فى التعقيب نعيد إبراز مثالين . فحين يقوم القاضى بالغاء قرار فصل موظف لا يحكم باعادته إلى عمله ، والا كان ذلك بمثابة الأمر الصادر إلى الادارة باعادته إلى عمله . وحين يقوم بالحكم بالغاء قرار تخطى موظف فى ترقية لا يتعدى ذلك إلى الحكم بترقيته ، وإلا كان ذلك حلولا منه محل الادارة فى عمل من أعمالها باصدار قرار ترقية يدخل فى صميم اختصاصها .

ونحن نسلم بهذا القضاء ولا نعترض عليه ، فقد يكون الاعتراض سابقاً لأوانه . ولكننا مع ذلك لا نسلم بمسلك هذا القضاء فى الوقوف بالحكم عند حد الالغاء دون تحديد آثاره الحتمية المباشرة . فمن المسلمات واستناداً إلى الأحكام العديدة والمطردة ، أن الحكم بالغاء قرار فصل موظف يرتب أثراً حتمياً ومباشراً بالتزام الادارة باعادته إلى الخدمة . كما أن الحكم بالغاء قرار تخطى موظف فى ترقية ، يرتب أثراً حتمياً ومباشراً بالتزام الادارة بترقيته . فاذا كان ذلك أمراً ثابتاً ومستقراً ، فان الحكم بالتزام الادارة على ذلك النحو مقترناً بالالغاء ، ليس الا كشفاً عن ذلك الأثر ، وبياناً له ، وهو جزء لا ينفصل عن الحكم ما دام أثراً حتمياً ومباشراً ، كما لا يختلف عنه فى طبيعته القضائية .

وإذا كان مبدأ الشرعية فيما تغياه من خضوع الادارة للقانون ، وما اقتضاه من اخضاع أعمالها للرقابة القانونية للقضاء الادارى الذى يملك ولاية فى الغاء

قرارها المعيب ، لا يتضمن بغير منازع افتئاتاً على استقلال الادارة ، فكذلك لا ينطوى الحكم بتحديد الأثر الحتمى للالغاء على مثل هذا الافتئات .

وإذا كان الالغاء ليس مطلوباً لذاته ، بل لما يرتبه من أثر مباشر ، وكان هذا الأثر المباشر حتمياً يرتبط بحكم الالغاء ارتباط الفرع بالأصل ، فكيف يوصم الحكم بالأثر الحتمى وهو الفرع بالعدوان ، ولا يوصم به الحكم بالالغاء وهو الأصل ؟ بل إن الحكم بالغاء قرار فصل موظف هو قضاء ضمنى بالتزام الادارة باعادته إلى وظيفته ، كما أن القضاء بالغاء تخطى موظف فى ترقية يطوى قضاء ضمنياً بالتزام الادارة بترقيته . فكيف يقع هذا القضاء الضمنى فى حدود الوظيفة القضائية ، فى حين يخرج عنها القضاء به صراحة ليدخل فى الوظيفة الادارية . نحن لا نتصور أن تنقلب طبيعة العمل من قضائية إلى ادارية لمجرد تغير شكله من ضمنى إلى صريح .

وإذا كانت الأحكام لا تتحرج فى أسبابها عن ترديد التزامات الادارة المترتبة على الالغاء ، فليس من حرج لو تضمن منطوق الحكم بياناً بهذا الالتزام ، أو ليست الأسباب مرتبطة بالمنطوق ، وأن الحرج إذا دار هنا يدور هناك ؟

وقد يذهب رأى إلى أن تنفيذ الأحكام الصادرة بالالغاء يستتبع إصدار قرارات إدارية تتمتع الادارة بشأنها بقدر من السلطة التقديرية مما يجعلها أقدر من غيرها على بحث ملاءمة اصدار هذه القرارات والتوفيق بين الاعتبارات المختلفة وبين الالتزامات التى يفرضها حكم الالغاء (1) . وهذا الرأى مردود بضرورة التفرقة بين التزام الادارة المترتب على الحكم ، وبين تنفيذ هذا الالتزام . فأما الالتزام فهو بطبيعته الملزمة ، مقيد لسلطة الادارة لا تملك إزاءه وزناً ولا تقديراً . وإذا قيل بأن للادارة سلطة فى تقدير التزاماتها المترتبة على الحكم ، لكان معنى ذلك خضوع الحكم ذاته — وهو مصدر

(1) يراجع فيما تقدم هامش ص ٧٥

الالتزام — للسلطة التقديرية ، وهو ما لا يجوز التسليم به . أما وسيلة تنفيذ هذا الالتزام فتخضع ولا شك لسلطتها التقديرية، وهى سلطة لا يمسها الحكم الصادر بتحديد التزامها ، ولا ينال منها فى شيء .

ويتجه رأى آخر إلى أن تقرير سلطة مجلس الدولة فى إصدار الأوامر للادارة لن يغير من الوضع شيئاً فضلا عما يخلقه من مشاكل معقدة ، مردها حرص الادارة على ما لها من استقلال ، وحساسيتها المطلقة بالنسبة لكل ما يتضمن المساس بامتيازاتها . ويكشف مسلك مجلس الدولة من هذه المسألة عن حسن تصرفه ولباقته ، فهو يحاول ارضاء نزعة الاستقلال عند الادارة بالوقوف عند مجرد الغاء القرار ، وترك ما يترتب على ذلك الالغاء للادارة تحققه بنفسها . وواضح أن الحرية التى يتركها المجلس للادارة فى اجراء التنفيذ حرية ظاهرية . وأن موقف مجلس الدولة هو نوع من السياسة القضائية التى تكشف عن مدى حكمة المجلس وحسن تقديره للأمور ، إذ لا جدال فى أن هذا المسلك بما يتضمنه من مراعاة لنفسية الادارة وحساسيتها يعتبر حافزاً على الامتثال للتنفيذ ، أكثر مما يؤدى اليه الأمر الصريح (١) .

وواضح أن هذا الرأى يحرص على الدفاع أكثر مما يحرص على الاقناع . ومع التسليم بأن موقف مجلس الدولة كان نوعاً من السياسة القضائية ، فان ذلك أيضاً كان مرتبطاً بظروف سياسية فى عهد عتيق انقطعت به الأوصال . وليس مقبولا من ناحية المبدأ ، أن سياسة قضائية ارتبطت بظروف سياسية فى القرن الثامن والتاسع عشر ، تظل جامدة ومتحجرة فى القرن العشرين وحتى السنوات الأخيرة منه ، رغم كل التطور النشط والعميق للأفكار السياسية والمذاهب الديمقراطية ، وبعد أن رسخت أقدام القضاء الادارى وصار قاعدة صلبة تقوم ما بقى القانون الادارى قائماً ؛ بل لقد بلغ الايمان بالفكر الديمقراطى واليقين بسيادة القانون ومبدأ الشرعية

---

(١) Weil op. cit. p. 62 ويراجع هامش ص ٧٦ .

شأوا أدى إلى تضمين دستورنا المصرى الجديد لأول مرة ، وسبقاً فى ذلك على الدستور الفرنسى ، نصاً باعتبار مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة تندرج فى السلطة القضائية، وبذلك صار هيئة دستورية لا يجوز المساس باستقلالها إلا بتعديل فى الدستور .

وأما ما جاء بالرأى المتقدم من أن موقف مجلس الدولة كان حرصاً على ما للادارة من استقلال ، وإرضاء لنزعتها فيه ، ومراعاة لحساسيتها المطلقة ، فقول لا يسعف الرأى فى شىء ، ذلك لأن الحرص على استقلال الادارة كان فى حقيقته فرطاً فى الحرص على هذا الاستقلال ، وفى خصوص لا يمس كما سبق البيان بهذا الاستقلال . وأما عن مراعاة حساسية الادارة ومشاعرها فان ذلك لا يصلح حجة فى منطق القانون ، ومع ذلك فانه ما دام الحكم بالغاء قرارها لا يمس حساسيتها ومشاعرها — اللهم إلا إذا كان صاحب الرأى يعترض كذلك على إصدار أحكام الالغاء — فلن يمسها بعد ذلك فى شىء الحكم بتحديد الأثر المباشر لهذا الالغاء .

وأما القول بأن تقرير سلطة مجلس الدولة فى إصدار الأوامر — كالحكم باعادة الموظف المفصول كأثر مباشر لحكم الالغاء وهو ما لا نذهب اليه إذ يقف رأينا عند الحكم بالتزام الادارة باعادته إلى عمله دون الحكم باعادته اليه — يخلق مشاكل معقدة ، وانه لذلك يقف مجلس الدولة عند مجرد إلغاء القرار ، ويترك ما يترتب على ذلك الالغاء للادارة تحققه بنفسها فهو ما نختلف معه فيه . ذلك ان الادارة كثيراً ما تقع فى الخطأ أو الخلط ، إن قصداً أو بغير قصد ، فى استخلاص الآثار المباشرة لحكم الالغاء ، وتتخذ على أساسها قرارات يشب حولها النزاع من جديد . وهكذا فان حكم الالغاء إذ يصدر لحسم منازعة قائمة ، يكون فى الواقع إيذاناً ببدء منازعة جديدة . وبهذا تتولد المنازعات وتخلد الخصومات التى كان حكم الالغاء الأول كفيلا بحسمها ، لو أنه قضى بالأثر المباشر للحكم توضيحاً للأمور ، وقطعاً لدابر الخلافات .

وإذا كان لنا أن نطرق الجانب الذاتى للهيئة الادارية كما طرقه البعض ،

فانا لمن المحقق أن الهيئة الادارية الرشيدة ترحب ،إذا ما أخطأت أو تعثرت في إصدار قرار قضى بالغائه ، أن يحدد لها قاضيها آثاره الحتمية المباشرة ، حتى ترد الأمور إلى نصابها الصحيح ، إعلاء لكلمة القانون . هذه الهيئة الرشيدة هي الأحق بأن توضع في الميزان .

ومع ذلك فاذا جال البصر نحو الهيئة الادارية الجائرة ، فمن الغريب أنه لمن يتغير وجه النظر . ذلك أن قضاء القاضي بتحديد الآثار الحتمية المباشرة للالغاء ، يغلق أمامها باباً كانت ترجوه مفتوحاً لمعاودة الجور والعنت. هذه الهيئة الجائرة يحق أيضاً أن توضع في الميزان .

ونأمل لقضائنا في ضوء ما تقدم توفيقاً في إعادة الوزن وإقامة الميزان .

عرض تحليلى موجز

للنشاط المصرفى التجارى والنظام النقدى اللبنانى(*)

للدكتور صبحى تادرس قريصة
كلية التجارة — جامعة الاسكندرية

تمهيد : نتعرض أولا للنشاط المصرفى التجارى فى لبنان . فبعد أن نمهد بلمحة تاريخية عن الظروف السياسية التى حكمت الاستثمار فى النشاط المصرفى نربط بين نموه وعدد من العوامل الاقتصادية وغير الاقتصادية ، ونلقى بعض الضوء على أهم موارد واستخدامات البنوك التجارية فى لبنان ، ثم نتعرض ثانياً لتطور النظام النقدى والصيرفة المركزية Central Banking ، وأخيراً وثالثاً نختم هذا البحث بتقييم عام للنشاط المصرفى والنقدى اللبنانى مع استنتاج بعض التوصيات العامة .

أولا : النشاط المصرفى التجارى

ا) لمحة تاريخية :

فى أواخر حكم الامبراطورية العثمانية كان هناك سباق لبسط النفوذ السياسى لدول أوربا الثلاث — انجلترا وفرنسا والمانيا — على منطقة الشرق العربى . وفى ظل هذا النفوذ السياسى الأوربى وتحت نظام الامتيازات الأجنبية انسابت رؤوس الأموال الأوربية طارقة أبواب الاستثمار فى منطقة الشرق العربى ومنها الاستثمار فى المصارف ، ومن ثم كانت أهم البنوك التى تأسست فى بدء تطور النظام المصرفى ذات رأس مال فرنسى وانجليزى ثم رأس مال ألمانى .

وفى خلال الحرب العالمية الأولى اضطهدت البنوك الانجليزية والفرنسية

* أشكر السادة الدكاترة محمد ابراهيم غزلان ومحمد عبد العزيز عجمية وعبد الكريم صادق بركات ويوسف عبد المجيد ، فمناقشاتى معهم وآراؤهم كانت مفيدة ومثمرة .

ولكنها تمكنت من تهريب أموالها إلى الخارج . وفى أثناء هذه الحرب نشطت البنوك الألمانية فى كل بلاد الامبراطورية العثمانية .

وبعد الحرب العالمية الأولى خضعت سوريا ولبنان للانتداب الفرنسى ، وتبع هذا انتشار البنوك الفرنسية ونموها وتركزها . وقد أخذت هذه البنوك تتنوع فظهرت بنوك للودائع وبنوك عقارية غير متخصصة (١) وكان من أهم البنوك الفرنسية التى أنشئت بعد الحرب بنك سوريا ولبنان الذى عهد اليه بوظيفة الاصدار إلى جانب نشاطه كبنك تجارى ، كذلك أنشأت مؤسسات مصرفية فرنسية فروعاً لها بلبنان فى مجال النشاط المصرفى التجارى ماعدا بنك واحد تخصص فى الائتمان العقارى هو بنك الائتمان العقارى للجزائر وتونس. وفى أواخر العشرينات تأسست مصارف لبنانية من أهمها بنك روبيز صباح وشركاه وبنك ج . طراد وشركاه وبنك مصر — سوريا ولبنان . وقد استمر النشاط المصرفى التجارى اللبنانى فى نمو مضطرد خلال فترة ما بين الحربين وبعد الحرب العالمية الثانية .

ب) عوامل نمو النشاط المصرفى التجارى اللبنانى :

لقد نما النشاط المصرفى اللبنانى واستمر نموه بصورة مضطردة ليس فقط بالنسبة للبنوك الأجنبية بل أيضاً بالنسبة للبنوك الوطنية من حيث نمو عددها وأحجام عملياتها . ولقد عاشت هذه البنوك فى نمو مضطرد إلى جوار البنوك الأجنبية بالرغم من ضخامة موارد الأخيرة وخبرتها الكبيرة فى المجال المصرفى . ويمكننا أن نربط بين النمو السريع للنشاط المصرفى التجارى فى لبنان وبين مجموعتين من العوامل : الأولى مرفقية Institutional Factors والثانية اقتصادية . وتتمثل الأولى فى عاملين هما : سيادة مبدأ الحرية الاقتصادية وطبيعة المجتمع الاقتصادى اللبنانى ، وتتمثل الثانية فى عاملين هما : أهمية الطلب على الائتمان المصرفى التجارى ووفرة الموارد المصرفية .

(١) د. فؤاد مرسى — محاضرات عن النقود والبنوك فى البلاد العربية — سوريا ولبنان ، صفحات ٥٣ — ٥٥ معهد الدراسات العربية العالية ، ١٩٥٨

ونلقى بعض الضوء على هذه العوامل فيما يلى :

آ) **العوامل المرفقية :**

١ - **سيادة مبدأ الحرية الاقتصادية :**

لقد سار لبنان ومازال يتبع هذا المبدأ . وتعد سيادة هذا المبدأ الذى يحكم التصرفات الاقتصادية فى لبنان من أهم العوامل التى شجعت على الاستثمار فى النشاط المصرفى . فحتى صدور قانون النقد والتسليف فى عام ١٩٦٤ لم يكن فى لبنان أى قيد على النشاط المصرفى . فلم يكن هناك أى قيد على انشاء بنوك جديدة أو تشريع ينظم أعمالها . فلقد كان ينظر إلى أعمال الصيرفة على أنها نشاط تجارى وبالتالى تخضع لأحكام القانون التجارى الذى ينظم أعمال التجارة الأخرى ، كذلك لم يكن حتى هذا التاريخ رقابة على النشاط المصرفى . فلم يكن هناك مايلزم البنوك بالاحتفاظ بحد أدنى لنسبة الاحتياطى النقدى ، ولم يكن يطلب منها نشر ميزانياتها دورياً . وهكذا فان غياب القيود القانونية على النشاط المصرفى كنتيجة لسريان مبدأ الحرية الاقتصادية — فى صورته التقليدية — لم يسهل فقط أمر انشاء مصارف جديدة على اللبنانين ، بل سهل أيضاً على البنوك الأجنبية ، على اختلاف جنسياتها أمر انشاء فروع لها ببيروت ، اما مستقلة أو بالاشتراك مع البنوك الوطنية (١) .

٢ - **طبيعة المجتمع الاقتصادى اللبنانى :**

إن المجتمع الاقتصادى فى لبنان من مال وأعمال يهيء البيئة الاقتصادية الملاءمة لنشأة ونمو الصيرفة . ففى هذا المجتمع الصغير تتشابك مصالح رجال المال مع مصالح رجال الأعمال . فالكثير من رجال البنوك الوطنية كانوا رجال أعمال . ولقد ترتب على هذا الوضع سهولة قيام علاقات بين المقترضين — العملاء — والمقرضين — البنوك — . فرجال البنوك يعرفون عملاءهم معرفة

---

(١) راجع : Asseily, A. E. Central Banking in Lebanon p. 32.
Printed by Khayat Book & Publishing Co., Beirut, 1967

شخصية . ونمو مثل هذه العلاقات عامل أساسى فى نمو نشاط البنوك(١) . ويمكن أن نضيف جانباً آخراً لملاءمة البيئة الاقتصادية اللبنانية لسرعة نمو النشاط المصرفى ويتمثل فى الاقبال النسبى الكبير للبنانيين على التعامل مع المصارف كمودعين ومقترضين . وتنعكس هذه الظاهرة فى انخفاض نسبة البنكنوت المتداول إلى الحجم الكلى لوسائل الدفع (٢) ، والذى يعكس قوة «العادة المصرفية» بلبنان .

(ب) العوامل الاقتصادية :

١ ـ أهمية الطلب على الائتمان المصرفى التجارى :

إن الطلب على الائتمان طلب مشتق ، وهذه الحقيقة تنبع من طبيعة الخدمات المصرفية من حيث كونها «خدمات مكملة» ومن حيث كون الجهاز المصرفى جهاز تابع للأجهزة القائمة على الأنشطة الانتاجية الأخرى فى الاقتصاد القومى . وعلى ذلك فقد ترتب على كبر حجم قطاع الخدمات الذى يسيطر على الاقتصاد اللبنانى بوجه عام وقطاع التجارة بوجه خاص كبر حجم الطلب على الائتمان المصرفى التجارى . ومن العوامل الهامة التى يعزى اليها كبر حجم النشاط التجارى ونموه النشاط الموروث للبنانيين فى أعمال التجارة وموقع لبنان الجغرافى ، ذلك الموقع الذى جعل من بيروت مركزاً تجارياً هاماً وخاصة بالنسبة للتجارة العابرة ، أى التجارة بين أوربا والشرق العربى الغنى بموارده المعدنية .

٢ ـ وفرة الموارد المصرفية :

ومن الأسباب الهامة فى نمو النشاط المصرفى اللبنانى وفرة الموارد المصرفية

---

(١) راجع : Sayers, R. S., ed. Banking in the British Commonwealth, "Introduction" pp. VIII-IX, the Clarendon Press, Oxford, 1952

(٢) لقد بلغ متوسط هذه النسبة خلال الفترة من ١٩٦٤ إلى ١٩٦٨ حوالى ٣ر١٩٪ . وقد حسبت هذه النسبة بجمع أرقام النقد المتداول خارج البنوك فى آخر كل عام ثم قسمت على حاصل جمع أرقام النقود « وأشباه النقود » المقابلة وقد أخذت الأرقام الأصلية من :
Int. Financial Statstics, No. 3 IMF, March 1969.

ذات المصدر الأجنبي وتتمثل الموارد النقدية المتدفقة على سوق النقد اللبنانى فى مصدرين رئيسيين : أولهما تلك الأموال التى يحولها اللبنانيون فى المهجر سنوياً إلى أقاربهم ، وثانيهما ودائع المواطنين العرب الأثرياء . ومن الأسباب الرئيسية التى يعزى اليها تفضيل أثرياء العرب ايداع أموالهم لدى البنوك اللبنانية سوق النقد الأجنبي الحر ببيروت وثقتهم الكبيرة فى قيمة الليرة اللبنانية التى يغطى الذهب أكثر من ٩٠٪ من قيمتها وحرية التحويل الكاملة التى تتمتع بها منذ عام ١٩٥٠ . هذا بالاضافة إلى حرية الاختيار المتاحة أمام المودعين غير المقيمين فى أن يفتحوا حسابات تحت الطلب لدى البنوك التجارية بأى عملة يختارونها ويتقاضون عنها معدلات فائدة مرتفعة نسبياً . والأكثر أهمية من ذلك تطبيق قانون «سرية الصيرفة» منذ عام ١٩٥٦(١) ، ذلك القانون الذى يقضى بحجب أية معلومات خاصة بأرصدة العميل المودع ويعاقب موظف البنك الذى يكشف عن مثل هذه البيانات لأية جهة كانت ، ويكتفى فى تمييز حسابات المودعين بترقيمها فقط .

ج) موارد واستخدامات البنوك التجارية :

نقدم فى هذا المجال عرضاً لأهم عناصر موارد البنوك التجارية وأهم استخداماتها على النحو التالى :

أ) الموارد :

ونعرض هنا لبندى رأس المال والودائع على أساس أن الأول يمثل أهم عناصر الموارد الذاتية ويمثل الثانى أهم عناصر الموارد غير الذاتية بل أهم الموارد الكلية على الاطلاق .

١ — **رؤوس الأموال** : وتتشابه فى أهميتها الصغيرة كمورد

---

(١) ولقد دافعت جمعية المصارف اللبنانية دفاعاً شديداً عن قانون سرية الصيرفة على أساس أن المساس بهذا القانون يعنى تغييراً لدعائم الاقتصاد اللبنانى وتهديداً للثروة القومية ومصالح الشعب اللبنانى ... « من خطاب لبيير أده رئيس جمعية المصارف اللبنانية الموجه لوزير المالية فى مارس ١٩٦٣ » .

للبنوك التجارية اللبنانية مع البنوك التجارية فى البلاد الأخرى .
وتجدر الاشارة إلى بعض الملاحظات العامة عن رؤوس أموال البنوك التجارية ، فنذكر أنه حتى صدور قانون النقد والتسليف سالف الذكر لم يكن هناك حد أدنى قانونياً لرأس مال البنك التجارى ، كما أنه بالرغم من كون البنوك التجارية شركات مساهمة محدودة المسئولية تتركز ملكية أموالها فى أيدى قلة من كبار حملة الأسهم الذين يتولون عادة إدارتها . ومن الأسباب التى يرجع اليها عدم انتشار ملكية أسهم البنوك بين عدد كبير من المساهمين عدم رغبة البنوك فى تداول أسهمها فى بورصة بيروت نظراً لخضوع هذه السوق لألوان من المضاربة الجامحة ، الأمر الذى يعرض هذه الأسهم إلى تقلبات شديدة قد تؤثر تأثيراً سيئاً على سمعة البنوك اللبنانية وبالتالى فى ثقة عملائها (١).

٢ — **الودائع** : وتمثل أهم موارد البنوك التجارية وهى لا تختلف فى أهميتها عن الوضع بالبنوك التجارية فى البلاد الأخرى . ومن الناحية التفصيلية يمكن أن نصنف الودائع لدى البنوك التجارية على أساس أكثر من صفة مميزة . فنصنفها إلى ودائع جارية أو تحت الطلب ، أوودائع غير جارية ، وإلى ودائع بالليرة اللبنانية وودائع بالعملات الأجنبية ، وإلى ودائع الأفراد وودائع المصارف .

فبالنسبة **للودائع تحت الطلب أو الجارية** . كانت تظهر قبل عام ١٩٦٤ تحت بند واحد ولكن بعد هذا التاريخ أصبحت تنشر تحت بندين : **الحسابات الجارية** وتغذيها التحويلات النقدية المباشرة ، **وحسابات الشيكات** وهى عموماً ودائع رجال الأعمال وتغذيها التحويلات النقدنة الناتجة عن تحصيل الأوراق التجارية وغيرها من أدوات الائتمان . وكما أسلفنا تدفع البنوك فوائد مرتفعة على الودائع الجارية تتفاوت معدلاتها العادية (٢) من ٢٪ إلى ٥٪ . وهذه المعاملة يندر أن نجد لها مثيلا فى البنوك التجارية فى الدول الأخرى . ويختلف معدل الفائدة من بنك إلى آخر بل فى داخل البنك الواحد من وديعة إلى أخرى ، حيث يخضع تحديده

(١) أنظر د. عسيلى فى كتابه سالف الذكر ص٥٣

(٢) تصل بالنسبة لبعض الودائع الهامة إلى ٧٪

إلى عامل المساومة بين المودع والبنك طبقاً لحجم الوديعة ودرجة احتمال تقلباتها .

أما بالنسبة للودائع غير الجارية فتتشابه أيضاً ومثيلاتها لدى البنوك التجارية فى البلاد الأخرى حيث أنها تتخذ ثلاث صور رئيسية هى : **الودائع الآجلة ، والودائع الخاضعة لاشعار وحسابات الادخار** .

ومن المعروف أن الودائع غير الجارية أكثر استقراراً من الودائع الجارية ولذا تحتفظ البنوك مقابلها بنسبة أقل من الاحتياطى النقدى ، وبالتالى تتمتع بحرية أكبر فى استخدامها ومن ثم تدفع عليها معدلات فائدة أعلى . ولكن مما تجدر الاشارة اليه أن الفروق بين معدلات الفائدة على الودائع غير الجارية والودائع الجارية صغيرة . فتتراوح معدلات الفائدة على الودائع الآجلة وباشعار وهى أعلى من معدلات الفائدة على حسابات الادخار بين ٤,٥٪ و٦,٥٪ . وتخضع فى تحديدها أيضاً إلى عامل المساومة وتختلف من بنك إلى آخر ومن وديعة إلى أخرى . ولقد ترتب على ضآلة الفروق بين معدلات الفائدة على الحساب الجارى وتلك على الحساب غير الجارى اقبال الكثير من المودعين وخاصة المودعين غير المقيمين على تفضيل الايداع فى الحساب الجارى . ولكى تجذب البنوك اللبنانية أكبر قدر ممكن من الأرصدة الأجنبية فانها تقبل فتح حسابات بالعملات الأجنبية تحت أى صورة من صور الايداع وبأى عملة من العملات . ويمكن أن نرى السبب الرئيسى فى دفع معدلات فائدة مرتفعة على الحساب الجارى فى تقوية رغبة غير المقيمين فى ايداع أرصدتهم لدى البنوك اللبنانية ، كما لايقتصر السماح بالايداع بعملات أجنبية على الأجانب بل يسمح أيضاً للبنانيين بفتح حسابات بعملات أجنبية يحتفظون بها بغرض تمويل وارداتهم . وزيادة فى الترغيب فى الايداع بالعملات الأجنبية تدفع البنوك معدلات فائدة على الحسابات بالعملات الأجنبية أعلى مما تدفعه على الأرصدة المودعة بالعملة المحلية .

ويحتفظ البنك التجارى اللبنانى بمبالغ كبيرة تستحق للبنوك الأخرى من

محلية وأجنبية وبعملات أجنبية وبالعملة المحلية وهى التى تعرف بالودائع المصرفية Inter-Bank Deposits أو حسابات البنوك والمراسلين . ولم تكن البنوك تنشر بيانات عن هذه الحسابات قبل عام ١٩٦٤ . وتستحق هذه الودائع إلى ثلاث جهات هى : البنوك المقيمة والبنوك غير المقيمة والبنك المركزى . وتتفاوت معدلات الفائدة على هذه الودائع تبعاً لنوع العملة المودعة بها وظروف الطلب والعرض عليها ، ومنشأ الأرصدة (١) وطبيعة الوديعة ومركز البنك المودع لديه وقدرته فى الحصول على قرض من البنك المركزى . وهنا أيضاً تزيد معدلات الفائدة على الودائع المصرفية بالعملة الأجنبية عنها على الودائع بالعملة المحلية بسبب احتمال وجود عنصر المخاطرة فى تحويل العملة اللبنانية إلى العملات الأجنبية .

إن ضخامة أرقام الودائع المصرفية يعكس مدى الاعتماد الكبير للبنوك التجارية اللبنانية على بعضها البعض من وطنية وأجنبية . ونظراً لتعدد مصادر هذه الودائع تمثل «ملجأ كبيراً ومرناً للاقتراض» وإن كان يحمل فى طياته عدم الاستقرار كما سنشير فيما بعد .

ب) استخدامات البنوك :

بالتأمل فى هيكل أصول أو استخدامات البنوك التجارية اللبنانية لمواردها نستطيع أن نتبين مدى خضوعها الكبير «لنظرية القرض التجارى» وتكييفها لاستخدام مواردها فى مقابلة الطلب على الائتمان من جانب قطاع الخدمات بوجه عام وقطاع التجارة بوجه خاص . فالبنوك التجارية تستخدم مواردها أساساً فى الأقراض قصير الأجل لتمويل عمليات التجارة الداخلية والخارجية .

(١) وقد تنشأ هذه الودائع على النحو التالى : إذا احتاج أحد البنوك نقداً سائلا يطلبه من بنك محلى آخر لديه فائض ويتفق معه أن يودع الأخير لديه المبلغ المطلوب مقابل فائدة . وقد يطلب فرع محلى من مركزه الرئيسى أن يودع مبلغاً لديه وليكن بالاسترلينى مثلا ، ثم يقوم الفرع المحلى بإيداع هذا المبلغ لدى البنك المركزى كضمان لقرض يحصل عليه من الأخير . وعندما يحل ميعاد سداد القرض يرده البنك المقيم بالليرة ويتسلم المبلغ المودع بالاسترلينى لرده إلى مركزه الرئيسى . أنظر د. عسيلى المرجع سالف الذكر ص ٤٣ .

ونتناول باختصار مجموعات الأصول الرئيسية على النحو التالى :

١ - **النقد السائل والأصول السائلة :** ويشتمل النقد السائل على النقدية التى تحتفظ بها البنوك فى خزائنها وما تحتفظ به من أرصدة سائلة لدى البنك المركزى . أما الأصول السائلة فهى تلك الأصول التى يمكن أن يحولها البنك التجارى إلى نقد سائل بسرعة أو الأموال التى يمكن سحبها عند الطلب . وعلى ذلك فيدخل ضمن الأصول السائلة القروض القابلة للاستدعاء والشيكات تحت التحصيل والودائع المصرفية تحت الاضطلاع ، كما تشتمل هذه الأصول على ما يحتفظ به البنك من أوراق تجارية يقبل البنك المركزى إعادة خصمها .

ومما يسترعى الانتباه انخفاض نسبة النقدية Cash Ratio التى تحتفظ بها البنوك اللبنانية بالمقارنة مع هذه النسبة لدى البنوك التجارية فى البلاد الأخرى . فلقد بلغت هذه النسبة ٢٪ ، ٤٪ فى شهرى ابريل وسبتمبر من عام ١٩٦٤ على التوالى . ومن الأسباب التى تساق لتبرير انخفاض نسبة النقدية ارتفاع نسبة السيولة (١) وبطء حركة قسم كبير من الودائع الجارية ذات معدلات الفائدة المرتفعة والتى تعد بديلا قريباً للودائع غير الجارية .

٢ - **السلفيات والأوراق المخصومة :** يسيطر الائتمان قصير الأجل سيطرة شبه كاملة على نشاط البنوك التجارية اللبنانية متخذاً شكل السلفيات والأوراق المخصومة . ويبدو هذا واضحاً من ضخامة النسبة بين السلفيات والودائع والتى تكشف عنها أرقام الجدول التالى الخاصة بالسلفيات والودائع لدى البنوك اللبنانية فى ٣١ كانون أول عام ١٩٦٥ .

(١) تقاس نسبة السيولة بقسمة حاصل جمع النقدية بالخزينة وأرصدة البنك التجارى لدى البنك المركزى والقروض القابلة للاستدعاء والأوراق التجارية القابلة لاعادة الخصم على مجموع الودائع وبعض الأرصدة الدائنة .

جدول رقم (١)

سلفيات وودائع المصاريف اللبنانية فى ٣١ كانون أول ١٩٦٥

البيان	ملايين الليرات	البيان	ملايين الليرات
محفظة السندات التجارية	٦٠٨,٧٥٤	حسابات الادخار	١٢٥٥,١١٦
تسليفات وحسابات مدينة	٣٠٠٩,١٧٣	حسابات الشيكات	٦٦٧,٩٧٩
سلف للمساهمين	٦٦,٨٣٢	الحسابات الجارية	٦٧٤,٨٧١
		ودائع لأجل وخاضعة لاشعار	٤٤٣,٣٩٦
		المصارف الدائنة	١٤٣٢,٤٤٣
		دائنون مختلفون	٣٨٤,٧٠٣
المجموع	٣٦٨٤,٧٥٩	المجموع	٤٨٥٨,٥٠٨

المصدر : تسعة دروس من الأزمة للسيد / أمين علامة المدير العام المساعد لبنك بيروت والبلاد العربية ص ٦

وبالتأمل فى أرقام الجدول السابق نرى أن النسبة بين مجموع السلف إلى المجموع الكلى للودائع بلغت فى هذا التاريخ ٧٦٪ . وإذا استبعدنا ودائع المصارف من مقام هذه النسبة ترتفع إلى ١٠٧٪ .

وتعكس ضخامة السلفيات والأوراق المخصومة ضخامة الائتمان المصرفى الموجه لتمويل النشاط التجارى الداخلى والخارجى والذى يعكس – فى نهاية التحليل – ضخامة القطاع التجارى فى الاقتصاد اللبنانى . وكنتيجة لضآلة القطاع الصناعى ولصغر حجم المنشآت الصناعية واعتمادها الكبير على التمويل الذاتى تمثل سلفيات البنوك التجارية إلى القطاع الصناعى نسبة صغيرة من المجموع الكلى لسلفياتها (١) . ونذكر فيما يلى بعض الملاحظات التفصيلية عن سلفيات البنوك وأوراقها المخصومه .

(١) تبلغ حصة القطاع التجارى من حجم الائتمان الكلى حوالى ٥٥ ٪ مقابل ١٥٪ لقطاع البناء والتشييد و ٤ ٪ للزراعة ، أنظر بنك مصر – النشرة الاقتصادية ص ٩١ – الاعداد الأول والثانى والثالث والرابع – يناير ديسمبر ١٩٦٨ .

تمنح البنوك اللبنانية سلفياتها مقابل ضمان عينى أو ضمان شخصى ، وقد تشمل أنواع الضمان العينى التي تقبلها البنوك أوراق مالية وتجارية، بضائع وعقار . ومما يسترعى الانتباه أن البنوك التجارية اللبنانية لاتتردد فى قبولها العقار كضمان لسلفياتها بالرغم من ضعف سيولة هذا الأصل ومجافاة هذا التصرف للتقليد المصرفى التجارى . وترجع ظاهرة التسليف بضمان عقارات إلى سيادة الاعتقاد لدى الأفراد بأن العقار أكثر الأصول ضماناً .

وتقدم البنوك اللبنانية سلفيات بالعملة المحلية والعملات الأجنبية على أن ترد الأخيرة بنفس العملة التي قدمت بها .

وتمثل قيمة الأوراق المخصومة لدى البنوك التجارية نسبة كبيرة من من استخداماتها ، ولكن يكشف تطورها عن اتجاه أهميتها النسبية نحو التناقص لصالح تزايد الأهمية النسبية للسلفيات . وتتراوح أسعار الفائدة على سلفيات البنوك التجارية من ٥٪ إلى ٩٪ وتخضع فى تحديدها إلى اعتبارات عدة منها سمعة المقترض ومركزه المالى وحجم السلفة ومدتها ونوع الضمان الذى تمنح مقابله .

وفى العادة لا تمنح البنوك اللبنانية ائتماناً طويل الأجل ، غير أن الائتمان قصير الأجل قد يتحول فى بعض الأحيان إلى ائتمان متوسط الأجل عن طريق تجديد القرض .

٣ — **محفظة الأوراق المالية** : تمثل أقل استخدامات البنوك التجارية شأناً من حيث حجمها ونسبتها . ويعكس هذا الوضع إعراض البنوك اللبنانية عن الائتمان طويل الأجل وعدم إقبالها على الاحتفاظ بسندات الحكومة اللبنانية رغم ضآلة ما تصدره هذه الحكومة منها ، غير أنها تحتفظ ببعض سندات الحكومات الأجنبية . ولكن إذا أضفنا إلى الاستثمارات المالية للبنوك استثماراتها فى المبانى ترتفع نسبة ما تستخدمه البنوك التجارية من مواردها فى استثمارات طويلة الأجل بصورة محسوسة ، غير أن الحقيقة تظل قائمة ومؤداها أن البنوك التجارية اللبنانية تضع نسبة ضئيلة من مواردها فى استثمارات طويلة الأجل .

ثانيا : النظام النقدى والصيرفية المركزية .

١ - لمحة عن تطور النظام النقدى اللبنانى :

بعد زوال العهد التركى وخضوع سوريا ولبنان للانتداب الفرنسى تأسست شركة فرنسية عام ١٩٢٠ باسم البنك السورى . وقد منح هذا المصرف حق اصدار العملة السورية . وفى عام ١٩٢٤ عقدت اتفاقية تقرر بمقتضاها توسيع نطاق نشاط مصرف سوريا بمنحه حق اصدار العملة القانونية فى لبنان أيضاً ، ومن ثم أصبح يطلق عليه مصرف سوريا ولبنان الكبير . وكانت مدة الامتياز التى حصل عليها مصرف سوريا ولبنان لاصدار أوراق النقد ١٥ عاماً ابتداءاً من أول ابريل ١٩٢٤(١) . وقد تقرر آنذاك طبع سلسلتين من الليرة على أساس معدل صرف ثابت بين الليرة والفرنك الفرنسى . كما حدد الاتفاق الحد الأقصى لاصدار النقد المتداول بخمسة وعشرين مليون ليرة . وبالرغم من اصدار مجموعتين من الليرة احداها لسوريا والأخرى للبنان الا أن كلاهما تمتعت بنفس القوة الابرائية فى الاقليمين . وقد نص قانون عام ١٩٢٤ على ألا يقل الذهب أو السندات الحكومية القابلة للدفع بالذهب التى يحتفظ بها البنك عن ٤٥٪ من قيمة الغطاء وعلى أن تتكون النسبة الباقية من الغطاء من سندات الحكومة الفرنسية قصيرة الأجل ومن كمبيالات . وحيث أن بنك سوريا ولبنان كان يمارس نشاطاً مصرفياً تجارياً إلى جانب قيامه بوظيفة الاصدار فلقد كان بالبنك قسمان متخصصان أحدهما للاصدار والآخر للعمليات المصرفية . وعلى ذلك يكون هذا البنك قد شابه البنك الأهلى المصرى عند انشائه عام ١٨٩٨ كبنك اصدار وبنك تجارى فى آن واحد يتولى نشاطه قسمان أحدهما للاصدار والآخر للعمليات المصرفية .

وبالتأمل فى نظام الاصدار الذى وضعه قانون عام ١٩٢٤ نرى أنه أتسم بالجمود من ناحيتين : الأولى نصه على حد أقصى لحجم الاصدار مع ضرورة الاحتفاظ بذهب أو بسندات قابلة للدفع بالذهب لا يقل

(١) أنظر د. فؤاد مرسى ، المرجع سالف الذكر صفحات ١٦ - ١٧ .

عن ٤٥٪ من القيمة الكلية لغطاء الاصدار . ولم يكن هناك سبب واضح لجمود نظام الاصدار سوى الخوف من احتمال افراط بنك سوريا ولبنان فى الاصدار .

ولقد كان مقرراً أن ينتهى امتياز بنك سوريا ولبنان للاصدار فى عام ١٩٣٩ ، غير أنه فى عام ١٩٣٧ تم الاتفاق على تجديد امتياز البنك فى الاصدار لمدة ٢٥ عاماً أخرى تبدأ من عام ١٩٣٩ . وطبقاً لاتفاقية تجديد امتياز الاصدار تقرر فصل الليرة اللبنانية من الليرة السورية وجعل نظام الاصدار مرناً بالمقارنة مع النظام السابق وذلك بالغاء الحد الأقصى للاصدار وتوطيد علاقة الليرة بالفرنك الفرنسى بدلا من الذهب ، فنص على ألا يقل عنصر الذهب فى الغطاء عن ١٠٪ أما باقى عناصر الغطاء فتتكون بصفة أساسية من فرنكات فرنسية وسندات الحكومة الفرنسية وودائع لدى خزائنها . وهنا نذكر التشابه بين هذا النظام وبين نظام الاصدار فى مصر عندما كانت تسير على نظام الصرف بالاسترلينى وما ترتب عليه من تراكم الأرصدة الفرنسية والأرصدة الاسترلينية لكل من لبنان ومصر على التوالى ، وما يعنى هذا من تمكين دول غنية كفرنسا والمملكة المتحدة من الاقتراض بسهولة من دول فقيرة نسبياً كلبنان ومصر .

ولقد تعرضت الليرة اللبنانية خلال فترة إرتباطها بالفرنك الفرنسى للتقلبات الكبيرة التى خضع لها الفرنك والتدهور الكبير الذى طرأ على قيمته فلقد قدر الدكتور اليافى أن الليرة اللبنانية فقدت ٧٠٪ من قيمتها الدولارية خلال الفترة من ١٩٢٠ إلى ١٩٤٠ كنتيجة لارتباطها بالفرنك الذى انخفضت قيمته بالنسبة للدولار خلال نفس الفترة (١) .

وعلى ضوء تجربة العلاقة غير المرضية بين الليرة والفرنك خلال فترة ارتباطهما بدأ واضحاً وضرورياً أن تفصم العلاقة بينهما بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية . وقد تم الفصل بينهما بقانون صدر عام ١٩٤٩ ألغى بمقتضاه قانون عام ١٩٣٧ . ولتحقيق الفصل بين الليرة والفرنك تقرر ألا يقل

---

(١) أنظر د. عسيلى المرجع سالف الذكر ص ١٦٦ .

الذهب أو العملات الأجنبية القابلة للتحويل إلى ذهب عن ٥٠٪ من قيمة غطاء النقد المصدر . أما باقى عناصر الغطاء فيمكن أن تتكون من سندات حكومية وأوراق تجارية . ومنذ عام ١٩٤٩ تابع بنك الاصدار زيادة مشترياته من الذهب حتى بلغت نسبته من غطاء النقد المصدر ٩٢,٢٪ فى ديسمبر سنة ١٩٦١ (١) ، وذلك تدعيما لقيمة الليرة وتشجيعاً على تدفق رؤوس الأموال الأجنبية على سوق النقد اللبنانية .

مصرف لبنان (بنك لبنان المركزى) :

لقد استعرضنا فيما سبق باختصار تطور النظام النقدى فى لبنان وأشرنا إلى بنك سوريا ولبنان بصفته بنكاً للاصدار . ولقد تولى هذا البنك وظيفة الأصدار حتى نهاية امتيازه فى ابريل عام ١٩٦٤ . ولم تجدد الحكومة اللبنانية امتياز بنك سوريا ولبنان للأصدار بل أنشأت بنكاً مركزياً امتلكت الدولة رأسماله بالكامل ليتولى وظيفة الاصدار وغيرها من وظائف البنوك المركزية ابتداء من أول ابريل عام ١٩٦٤ .

ولقد قام بنك سوريا ولبنان إلى جانب قيامه بوظيفة الاصدار ببعض من وظائف البنوك المركزية التقليدية حيث كانت الخزانة العامة تودع أرصدتها لديه مقابل فوائد تتمشى معدلاتها مع معدلات الفائدة التى يدفعها بنك فرنسا ، كما كان يقدم قروضاً للمجالس البلدية وغيرها من الهيئات العامة وشبه العامة ، كما كان يخدم الدين العام محتفظاً لديه دون غيره بذلك القدر الضئيل من سندات الحكومة اللبنانية ، هذا بالاضافة إلى تواضع البنوك الأخرى على أن تودع لديه جانباً من أرصدتها لأغراض المقاصة ، كما كانت تلجأ اليه فى الحصول على ائتمان لمقابلة العجز المؤقت فى سيولتها باعادة خصم بعض أوراقها التجارية ، كما كان يفتح لها اعتمادات على المكشوف بدون ضمان عينى ، كذلك كان يقدم للبنوك خدمة مصرفية متمثلة فى قيامه كمركز لتجميع الاخطار المصرفية منذ عام ١٩٥٣ حماية لها

---

(١) د. عسيلى المرجع سالف الذكر ص ١٩٦٧ .

من العملاء غير الطيبين . والجدير بالذكر أن عضوية البنوك لهذا المركز أصبحت اجبارية منذ عام ١٩٦٢ .

وعند تقييمنا لدور بنك سوريا ولبنان فى الصيرفة المركزية يتعين بناء هذا التقييم على أنه لم يكن بنكاً مركزياً بالمعنى المحدد والشامل لهذا اللفظ بل على أساس كونه بنكاً تجارياً يمارس وظيفة الاصدار فعلى ذلك لم يكن متوقعاً منه طبقاً لقانونه الأساسى أن يمارس دوره فى رقابة الائتمان المصرفى بل كان متوقعاً إذا حاول هذه الوظيفة أن يجد نفسه فى مركز تتعارض فيه مصلحته الخاصه كبنك تجارى مع خدمة المصلحة الاقتصادية العامة .

ثم نعود إلى بنك لبنان المركزى الذى تولى مهامه — كما أسلفنا — فى أول ابريل عام ١٩٦٤ . فلقد انشىء هذا البنك بمقتضى قانون النقد والتسليف الصادر فى أغسطس عام ١٩٦٣ (١) . وبدراسة هذا القانون نتبين أهدافه ومهامه العامة وكيفية ادارته وطبيعة علاقته بالحكومة ودوره فى مراقبة الائتمان المصرفى . وسوف نتعرض لجوهر هذه النقاط فيما يلى :

١ — **فبالنسبة لأهدافه ومهامه العامة:** نجدها تتمثل فى حماية قيمة العملة تحقيقاً للتقدم الاقتصادى والاجتماعى للدولة . ويتصل بتحقيق هدف حماية قيمة العملة مراعاة البنك عدم انخفاض نسبة الذهب فى الغطاء عن ٥٠٪ من قيمة النقد المصدر (٢) ، وكذلك قيامه بعمليات البيع والشراء فى أسواق الذهب والعملات الأجنبية وتعاونه مع البنوك المركزية الأجنبية .

٢ — **وبالنسبة لكيفية ادارته** : نص القانون على أن يتولى ادارة البنك محافظ يعاونه ثلاث نواب . ويرأس المحافظ ما يسمى «بالمجلس المركزى»

---

(١) أنظر " قانون النقد والتسليف " الجريدة الرسمية : العددان رقم ٦٢ و ٧١ بتاريخ آب و ٥ أيلول ١٩٦٣ — لبنان .

(٢) تنص المادة ٦٩ من قانون التسليف على المصرف أن يبقى فى موجوداته أموالا من الذهب ومن العملات الأجنبية التى يمكن تحويلها إلى ذهب توازى ٣٠ ٪ على الأقل من قيمة النقد الذى أصدره وقيمة ودائعه تحت الطلب وعلى ألا تقل نسبة الذهب والعملات المذكوره عن ٥٠ ٪ من قيمة النقد المصدر .

والذى يستعين بلجنة استشارية» . وتعين الحكومة المحافظ بناء على اقتراح وزير المالية لمدة ست سنوات ، أما نواب المحافظ فتعينهم الحكومة بناءاً على اقتراح وزير المالية لمدة خمس سنوات فقط ، ووظائف كل من المحافظ ونوابه قابلة للتجديد ، وعليهم أن يتنازلوا عن جميع وظائفهم الأخرى أثناء توليهم مهام منصبهم بالبنك . أما المجلس المركزى فيتكون ــ كما أسلفنا ــ من المحافظ رئيساً وعضوية اثنين من نواب المحافظ ومديرى العموم بوزارتى الاقتصاد والمالية . أما اللجنة الاستشارية التى أسلفنا ذكرها فتتكون من ست أعضاء أربعة منهم يمثلون قطاعات المصارف والتجارة والصناعة والزراعة وممثل عن مجلس التخطيط وأستاذ للاقتصاد . وتعاون هذه اللجنة المجلس المركزى لمصرف لبنان فى اتخاذ قراراته ، كما تقدم تقاريرها إلى المحافظ عندما يطلب منها ذلك .

٣ ــ **وبالنسبة لعلاقة البنك بالحكومة** : فبصفته بنك الحكومة نودع لديه دون غيره الأموال العامة ، كما يتعين عليه خدمه الدين العام ومساعدة الدولة فى اصدار سنداتها . أما بالنسبة لمسألة تقديمه قروضاً للحكومة ، فقد نص القانون على أنه كمبدأ لا يمنح البنك قروضاً للحكومة ،ولكن عليه أن يقدم تسهيلات ائتمانية لمقابلة العجز المؤقت فى مواردها على أن ترد اليه بعد ثلاثة شهور من تقديمها والا تزيد عن ١٠٪ من متوسط ايرادات الدولة خلال السنوات الثلاث السابقة على تقديم هذه التسهيلات الائتمانية . غير أن القانون نص على أنه «فى ظروف استثنائية أو فى حالات الضرورة القصوى» وبعد أن يتضح عدم وجود مصادر بديلة للاقراض يتعين على البنك أن أن يقدم قروضاً للحكومة والهيئات العامة بمعدلات الفوائد السائدة فى السوق ويمكن أن ترد خلال عشر سنوات . ويتعين على البنك المركزى أيضاً أن يقدم المشورة للحكومة ، ويتدخل بناءاً على تعليمات وزير المالية فى أسواق الذهب والصرف الأجنبى بغرض تحقيق الاستقرار فيها .

وتجدر الاشارة إلى أن أهم ما يلفت النظر هنا تلك المحافظة الشديدة التى تحكم مسألة اقراض البنك للحكومة والتى يمكن أن تفسر بعدم اطمئنان

البنك إلى رشد الحكومة فى تصرفاتها الاقتصادية وافتراض استمرار سلبية الدولة فى المجال التنموى .

٤ ـ أما بالنسبة لعلاقة البنك المركزى بالبنوك :

من دراسة قانون النقد والتسليف يمكن أن نتبين دور مصرف لبنان كبنك للبنوك فى ما نص عليه القانون من ضرورة احتفاظ البنوك التجارية لديه بأرصدة نقدية تمثل نسباً معينة من قيمة ما تحتفظ به من ودائع لا تزيد عن ٢٥٪ و ١٥٪ من الالتزامات تحت الطلب والالتزامات لأجل على التوالى . وفى ضرورة تقديم البنوك التجارية إلى البنك المركزى تقارير شهرية عن مراكزها المالية . ويتعين على مصرف لبنان عدم منافسته للبنوك بالامتناع عن التعامل مع القطاع الخاص وعليه كبنك مركزى أن يقوم بدور الملجأ الأخير للاقراض للبنوك التجارية وذلك بقبوله اعادة خصم أوراقها التجارية بشروط معينة كأن تحمل الورقة المعروضة لإعادة الخصم ثلاث توقيعات والا تتجاوز مدتها ٩٠ يوماً ، كما سمح القانون البنك المركزى بأن يقدم للبنوك تسهيلات ائتمانية مقابل اعادة خصم أوراق تجارية معينة تتعهد البنوك باعادة شرائها بعد مدة قصيرة يتفق عليها ، أو تقدم هذه التسهيلات بضمان أوراق تجارية أو مالية ، أو ذهب ، أو عملات أجنبية ومرة ثانية نلمس الموقف المحافظ الذى يحكم علاقة البنك بالحكومة فى نص القانون على وضع حد أقصى لما يمكن أن يقدمه البنك المركزى للبنوك التجارية من ائتمان بضمان الأوراق المالية العامة . فلقد نص القانون على ألا تتجاوز قيمة محتفظات البنك من الأوراق المالية العامة التى تؤول اليه كنتيجة لإعادة خصمها أو قبولها كضمان قيمة رأسماله واحتياطياته والا تتجاوز مدة استحقاق هذه الأوراق ٩٠ يوماً .

٥ ـ وبالنسبه للدور الرقابى للبنك المركزى : ونستخلص هنا من قانون النقد والتسليف المعالم الرئيسية المحددة لمجال هذا الدور الهام للبنك المركزى . فنشير أولا إلى هذا الدور بالنسبة للنشاط المصرفى عموماً و تتمثل فى مراقبة ما يتعين مراعاته عند انشاء بنوك تجارية جديدة وخلال ممارسة

نشاطها ثم التفتيش على هذا النشاط . ونذكر فى هذا الصدد أنه لم يعد انشاء بنوك تجارية جديدة أمراً طليقاً كما كانت عليه الحال فى الماضى . فأصبح من الضرورى الحصول على موافقة البنك المركزى عند انشاء مصرف جديد وعلى ألا يقل الحد الأدنى لرأسماله عن ثلاثة ملايين ليرة ، كما لم يعد مسموحاً للبنوك التجارية القيام بأى نشاط غير النشاط المصرفى وعدم الاشتراك فى رأس مال أى مشروع غير ما تستثمره فى العقارات التى لا يجوز أن تتجاوز قيمة استثماراته فيها ٧٥٪ من موارده الذاتية . وكذلك لم يعد مصرحاً للبنوك أن تمنح قروضاً لأعضاء مجالس اداراتها أو موظفيها أو أقاربهم بدون موافقة جمعياتها العمومية على مثل هذه القروض كما الزم القانون ضرورة تبليغ البنوك « مركز تجميع الاخطار المصرفية» لدى البنك المركزى عن جميع القروض التى تعقدها . كما نبه إلى عدم منح قروض قبل القيام بدراسة دقيقة ومتصلة عن المراكز المالية للمقترضين .

ولقد أخضع قانون النقد والتسليف نشاط البنوك إلى نوع من التفتيش من جانب البنك المركزى ولكن دون الاخلال بفاعلية «قانون سرية الصيرفة» ذات الأهمية الكبرى فى اجتذاب الودائع الأجنبية إلى البنوك اللبنانية . ولتحقيق ذلك أصبح على البنوك أن تقدم البيانات المصرفية التى تطلب منها إلى ادارة مختصه بالبنك المركزى ترتبط مباشرة بالمحافظ ، وعلى ألا يطلب مفتشو البنك المركزى — تحت أى ظرف من الظروف — بيانات تفصيلية عن الحسابات الدائنة بالبنك ولا يتصلون الا بمديره .

ثم نشير ثانياً إلى دور البنك المركزى فى رقابة الائتمان المصرفى ، ويمكن تبيان طبيعته وأساليبه من دراسة أهم ما ورد بشأنه فى قانون النقد والتسليف فلقد عهد هذا القانون إلى «المجلس المركزى لمصرف لبنان» وضع السياسة العامة للبنك كما نص على أساليب رقابة الائتمان المصرفى والتأثير فيه كما ونوعاً وسعراً . فمن مهام هذا المجلس تحديد سعر البنك ومعدل تغييره ، وأيضاً

تحديد حجم أقصى لعمليات اعادة الخصم ، والقيام بعمليات السوق المفتوحة وتغيير نسب الاحتياطى النقدى والسيولة ، غير أن القانون لم يجعل مصرف لبنان مجبراً بمبدأ الزامى على منح قروض للمصارف بل ترك أمر تقديره فى ضوء ما يراه لخدمة المصلحة العامة .

ولقد كشفت أزمة بنك انترا التى هزت الجهاز المصرفى اللبنانى وعرضت سمعته لبنان المالية للحرج عن عدم استقرار الجهاز المصرفى وضعف الرقابة عليه وفشل البنك المركزى فى القيام بدوره كملجأ أخير للاقراض . وكنتيجة لذلك صدر تشريع عام ١٩٦٧ نذكر من أحكامه عدم منح تراخيص لإنشاء بنوك أو فروع بنوك جديدة خلال السنوات الخمس التالية ، وتقرر ضمان الودائع التى تقل عن ١٥٠٠٠ ليرة عن طريق نظام تأمينى ، وإنشاء جهاز للرقابة على البنوك وتمكين الدولة من الاستيلاء على البنوك المهددة بالفشل ، والتشجيع على اندماج البنوك الصغيرة (١) ثم الأهم ، اعطاء اهتماماً كبيراً لدور البنك المركزى كملجأ أخير للاقراض . وهنا نشير إلى تزايد إيجابية دور البنك المركزى كملجأ أخير للاقراض من ارتفاع حجم قروضه للبنوك التجارية من ١٧٦ مليون ليرة فى نهاية سبتمبر ١٩٦٦ إلى ٢٤٦ مليون فى يوليو ١٩٦٨ (٢)

ثالثا : تقييم عام للنشاط المصرفى والنقدى اللبنانى

ان النشاط المصرفى نشاط تابع للأنشطة الانتاجية الأخرى . وفى لبنان تتسم هذه التبعية بصفة «التلقائية» كنتيجة منطقية وعملية لسيادة فلسفة الحرية الاقتصادية فى الاقتصاد اللبنانى .

وبالتأمل فى هيكل الاقتصاد اللبنانى نجده هيكلا مزدوجاً شأنه فى ذلك شأن اقتصاديات البلاد النامية غير أن ثنائية الاقتصاد اللبنانى ذات طابع خاص . فالاقتصاد اللبنانى يتكون فى واقع الأمر من قطاعين منفصلين

---

(١) L'Economiste Arabe, Etude Mensuelle, Sur l'Economie et les Finances des Pays Arabe P. 16 No. 123 Mars 1968.

(٢) أنظر بنك مصر – النشرة الاقتصادية – سالفة الذكر ص ٤٩

إلى حد كبير ، أولهما قطاع الخدمات ، ويشتمل على أنشطة التجارة والمال والسياحة والنقل وغيرها ، وثانيهما قطاع الانتاج السلعى ويشتمل على كل من النشاط الزراعى والصناعى . ويهيمن القطاع الأول على الاقتصاد اللبنانى حيث يسهم بأكثر من ثلثى الدخل القومى . ويهيمن النشاط التجارى على قطاع الخدمات ومن ثم يحتل المركز الأول كمدر للدخل القومى حيث يسهم بأكثر من ٣٠٪ . وفى قطاع الانتاج السلعى تساهم الصناعة والزراعة بـ ١٥٪ ، ١٢٪ على التوالى (١) .

وترتيباً على هذه الخاصية المميزة لهيكل الاقتصاد اللبنانى كيف الجهاز المصرفى نشاطه حيث تخصص — كما أسلفنا — بصورة شبه كاملة فى تقديم الائتمان قصير الأجل . كذلك من نتائج هيمنة قطاع الخدمات تركز نشاط الجهاز المصرفى فى مدينة بيروت مركز التجارة وأسواق النقد والمال والصرف الأجنبى .

وتعكس الطريقة التى تعمل بها وحدات الجهاز المصرفى اللبنانى نظام «الرأسمالية الحرة» التى يسير عليها لبنان ، ومن سماتها الأساسية حرية التجارة وحرية انتقال رؤوس الأموال وقيام أسواق حرة للصرف الأجنبى وقد ساعدت هذه الأوضاع مع أسباب أسلفنا ذكرها على تدفق الأرصدة الأجنبية وخاصة من البلاد العربية المنتجة للبترول للإيداع لدى المصارف اللبنانية دون خوف من تعرف الغير على أحجامها حيث تتمتع بحماية قانون سرية الصيرفة ، ودون خوف من تجميدها أو تدهور قيمتها بسبب حرية تحويلها وقوة مركز الليرة اللبنانية التى يسندها غطاء ذهب قوى .

ولقد تمكن لبنان فى ظل هذه الأوضاع من ممارسة دور «المركز المالى الاقليمى» . وقد حقق له قيامه بهذا الدور القدرة على تمويل عجز كبير فى وارداته السلعية وتحقيق فائض مستمر فى ميزان مدفوعاته . فوارداته السلعية تصل إلى حوالى خمسة أمثال صادراته السلعية ، وميله الحدى

---

(١) راجع بنك مصر — المرجع السابق ص ٤٥

للاستيراد يعد أعلى ميل حدى للاستيراد فى العالم حيث يصل إلى حوالى ٥٠٪ (١) . ولإعطاء صورة عن مركز الميزان التجارى اللبنانى وكيفية تمويله نشير إلى أن العجز فى الميزان التجارى اللبنانى مضافاً اليه تجارة الذهب غير النقدى بلغ ١١٤٩ مليون ليرة عام ١٩٦٦ مول فائض الصادرات غير المنظورة (الخدمات منه ٨٠٥ مليون ليرة ، وتم تغطية العجز الباقى ومقداره ٣٠٤ مليون ليرة بالهبات (تحويلات اللبنانيين المهاجرين) ومقدارها ٦٩ مليون ليرة والباقى وقدره ٢٧٥ مليون ليرة تمت تغطيته من فائض ميزان المعاملات الرأسمالية الذى بلغ ٣٥٥ مليون ليرة (٢) .

ان استمرار قدره بيروت على القيام بدور المركز المالى الاقليمى يعتمد على استمرار تدفق رؤوس الأموال قصيرة الأجل عليها . وهذا يتوقف فى نهاية التحليل على استمرار الثقة فى الاقتصاد اللبنانى بوجه عام والثقة فى الجهاز المصرفى بوجه خاص ، وأيضاً على عدم الرغبة من جانب أصحاب رؤوس الأموال فى التحول إلى مراكز مالية بديلة .

ان المحافظة على استمرار قيام بيروت بدور المركز المالى الاقليمى يعنى المحافظة على استمرار اعتماد الاقتصاد اللبنانى على استمرار تدفق رؤوس الأموال قصيرة الأجل ، غير أن هذا ينطوى على تناقض موروث ومؤداه أن استمرار زيادة تدفق الودائع المصرفية على لبنان يؤدى إلى زيادة الطلب على الليرة اللبنانية وبالتالى إلى ارتفاع قيمتها الخارجية ، واستمرار ارتفاع قيمتها يجعلها «عملة صعبة» الأمر الذى قد يقف عقبة أمام استمرار تدفق رؤوس الأموال الأجنبية على بيروت ، ومن ثم يقتضى الأمر تخفيف صعوبة الليرة بزيادة عرضها ، أى بزيادة الاستيراد الذى يعنى زيادة العجز فى الميزان التجارى (٣) .

---

(١) أنظر د. عصام عاشور — محاضرات عن النقد والائتمان فى البلاد العربية ، ص ٢١٥ معهد الدراسات العربية العالية ، عام ١٩٦٣ .

(٢) أنظر جدول ميزان المدفوعات اللبنانى — الوارد بنشرة بنك مصر سالفة الذكر ص ٤٦

(٣) أنظر د. حازم الببلاوى — لبنان والتعاون الاقتصادى ص ١٨٢ — مجلة مصر المعاصرة أكتوبر ١٩٦٧

ونضيف أيضاً أن الاعتماد الكبير على رؤوس الأموال الأجنبيه قصيرة الأجل مع مزاياه الواضحة ينطوى على عنصر عدم استقرار بالنسبة للجهاز المصرفى اللبنانى ، وذلك فى حالة اهتزاز ثقة المودعين الأجانب أو تفضيلهم لمراكز مالية أخرى . فالسحب المفاجىء لكميات كبيرة من الأرصدة الأجنبية يمكن أن يضع الجهاز المصرفى اللبنانى فى أزمة سيولة ، ومسألة انهيار بنك انترا تعد دليلا على ذلك .

لقد أشرنا — فى موضع سابق — إلى ظاهرة الاعتماد الكبير المتبادل للبنوك اللبنانية متمثلة فى ضخامة الودائع المصرفية من وطنية وأجنبية وقد أشرنا إلى أن هذه الخاصية وأن كانت تمثل ملجأ للاقراض الا أنها تنطوى فى نفس الوقت على عنصر عدم استقرار . أن هذا الوضع يتيح مصدراً مرناً لأقراض كل بنك على حدة الا أنه يشكل عدم استقرار وتبديداً لسيولة البنوك التجارية مجتمعة حيث يسهل انتشار أزمة السيولة من جزء إلى بقية أجزاء الجهاز المصرفى كنتيجة للاعتماد المتبادل الكبير بين البنوك .

وفى الختام نذكر أنه مما سبق عرضه ومناقشته على الصفحات القليلة السابقة يمكن استنتاج بعض التوصيات العامة التى تستهدف تحقيق الاستقرار وتدعيمه فى المجال المصرفى والنقدى فى لبنان . ونوردها فيما يلى :

١ — ضرورة تقوية الجهاز المصرفى تدعيما للثقة فيه بتقوية الرقابة عليه وقيام البنك المركزى بدور فعال كملجأ أخير للاقراض حماية للمركز العام لسيولة البنوك ، مع قيامه بدور فعال فى رقابة الائتمان المصرفى حجما ونوعاً وسعراً مساهمة فى تحقيق الاستقرار فى قيمة العملة .

٢ — العمل على تخفيف السيطرة النسبية الكبيرة — فى المدة الطويلة — لقطاع الخدمات على الاقتصاد القومى . ويكون ذلك باعطاء اهتماماً أكبر بتنمية قطاع الانتاج السلعى من زراعى وصناعى ، وذلك بتشجيع الاستثمار الوطنى والأجنبى فى هذه المجالات مع حفز أصحاب رؤوس الأموال

الأجنبية قصيرة الأجل على وضعها فى استثمارات طويلة الأجل . ويلقى الاهتمام بالتنمية الزراعية والصناعية مسئولية على كل من الحكومة والجهاز المصرفى . فبالنسبة لمسئولية الحكومة يعنى تزايد اهتمامها بالانفاق الاستثمارى العام الأمر الذى قد يقتضيها تدبير موارد تمويلية طويلة الأجل قد تلجأ معها إلى اصدار سندات يتعين على البنوك التجارية الاقبال على شرائها والاحتفاظ بها . كما سوف يلقى زيادة الاهتمام بالتنمية مسئولية على البنوك التجارية وعلى رأسها البنك المركزى نحو زيادة الاهتمام بالتمويل الزراعى والصناعى المتوسط والطويل الأجل أما مباشرة أو بطريق غير مباشر .

الدكتور جلال العدوى
أستاذ القانون المدنى المساعد
بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

القـــانون
و
الاجتماع الانساني

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمه

١ — إذا نظرنا إلى أى اجتماع انسانى ، على أى مستوى من مستوياته ، وجدنا ظاهرة عامة بارزة هى ظاهرة الضبط الاجتماعى (١) . هذه الظاهرة التى نلمسها فى ذلك الضبط أو التأثير الذى يقع على أفراد ووحدات الاجتماع الانسانى تجنباً للفوضى وتحقيقاً للنظام (٢) . ولهذا يعد الضبط الاجتماعى وسيلة لغاية .

أما الوسيلة فهى الضبط أو التأثير الذى ينتهى برد فعـل اجتماعى يتدرج من السخرية والاحتقار والاشمئزاز إلى القطيعة والتجنب والنبذ ، ثم إلى انزال الضرر بالمخالف وايذائه .

---

(١) أنظر ، فى الضبط الاجتماعى ، حسن الساعاتى — علم الاجتماع القانونى ط ٣. مصطفى الخشاب — علم الاجتماع جـ٢ ص ٢٩٣. عاطف غيث — علم الاجتماع ص٣٩٩.

Encyclopaedia of social sciences vol. 13 p. 531. J.S. Roucek - Social control N. Y. 1947. E. Ross - Social control N. Y. 1901.

(٢) يعرف بوند الضبط الاجتماعى بانه « الضغط الذى يتحمله كل فرد من تلقاء زملائه لحمله على أداء نصيبه نحو المجتمع المتمدين ، ولردعه عن السلوك غير الاجتماعى أو السلوك الذى لايتفق وقواعد النظام فى المجتمع

Pound - Social control through Law. N. Y. 1942 p. 17 - 18.

ويعرف جيرفتش الضبط الاجتماعى بأنه «مجموع النماذج الثقافية والرموز الجمعية والمعانى الروحية المشتركة والقيم والأفكار والمثل ، وكذلك الأفعال والعمليات المتصلة بها مباشرة» ، والتى يستطيع بها المجتمع والمجموعة وكل فرد أن يقضى على الصراع والضيق الحادثين فى داخله عن طريق اتزان موقت وأن يتخذ خطوات نحو جهود مبتكرة ذات آثار فعالة

Gurvitch - Social control in Twentieth Century Sociology N. Y. 1945 p. 291.

وأما الغاية فهى حماية الاجتماع الانسانى من الانحرافات التى تهدده ، واقامة النظام الذى يتوقف عليه قيام ذلك الاجتماع الانسانى وتقدمه .

٢ — والضوابط الاجتماعية التى تقوم بذلك متعددة ، منها الدين ، ومنها الأخلاق ، ومنها الفن ، ومنها المعرفة ، ومنها التربية ، ومنها القانون(١). وإذا كان لكل من هذه الضوابط الاجتماعية دوره الذى لا يقوم به سواه ، فان القانون يعد أهمها ، لا بادعاء فقهاء القانون ، وانما باقرار علماء الاجتماع . فهذا عالم الاجتماع «رس» يقر بأن القانون هو حجر الزاوية فى صرح النظام وآلة الضبط المتقنة التكوين ، ويضيف إلى ذلك أنه من المشكوك فيه أن يظهر أى تعديل فى المستقبل من شأنه أن يضعف ما للقانون من السلطة على سائر وسائل الضبط الاجتماعى الأخرى (٢) .

٣ — وإذا ما تساءلنا ، لماذا يعد القانون (٣) أهم الضوابط الاجتماعية ، وجدنا أن ذلك يرجع إلى عاملين .

أما العامل الأول ، فهو أن القانون يتميز عن غيره من الضوابط الاجتماعية بأنه ، ليس مجرد مجموعة من القواعد التى تحكم سلوك الأفراد ،

---

(١) أنظر فى ذلك ، جيرفتش — المرجع السابق . ويضيف «رس فى مؤلفه السابق الاشارة اليه ص ٨٩ ضوابطاً أخرى هى الرأى العام والمعتقدات والايحاء والعرف والمثل العليا والشعائر والتوهم والقيم . ويرى الدكتور حسن الساعاتى فى مؤلفه السابق الإشارة اليه ص٣٦ امكان اختصار الضوابط الاجتماعية إلى ست رئيسية هى التربية الرأى العام والعرف والقانون والدين والقيم الاجتماعية .

(٢) أنظر ، رس — مبادىء علم الاجتماع ، نيويورك ١٩١٢ .

(٣) القانون لغة كلمة غير عربية مشتقة من الرومية وقيل من الفارسية ، ومعناها مقياس كل شىء وطريقه ، أو الأصل . أنظر المعجم الوسيط لمجمع اللغة العربية ج ص ٧٦٩ . وأنظر أيضاً ، Oxford Dictionary - Canon.

وانما هو نظام (١) هيكلى شامل يؤلف بين مجموعات متعددة من القواعد تشكل تنظيمات متكاملة تعد اجزاء من كل يربط بينها ويحقق اتساقها ويحدد وظائفها ويكفل تطبيقها (٢). ومن حيث أن القانون، دون سواه من الضوابط الاجتماعية، يعد نظاماً هيكلياً شاملا، فان القانون يكون أقدر الضوابط الاجتماعية على حكم المجتمع الشامل، الذى يعد أعلى مستويات الاجتماع الانسانى، والذى من سماته أنه بنيان هيكلى شامل.

وأما العامل الثانى، فهو أن القانون يتميز عن غيره من الضوابط الاجتماعية بقيام اعتقاد جماعى بوجوب الاجبار على تطبيق ما ينتمى اليه من تنظيمات وقواعد (٣). فاذا كان الجزاء المادى الذى توقعه سلطة عامة ليس جوهر القـــانون (٤)، على نقيض ما يقول به جانب كبير من

---

(١) النظام لغة الترتيب والإتساق. ويقال نظام الأمر: قوامه وعماده. والنظام الطريقة، يقال مازال على نظام واحد. ونظم الأشياء: ألفها وضم بعضها إلى بعض. أنظر المعجم الوسيط لمجمع اللغة العربية ج ٢ ص ٩٤٠.

(٢) يجرى النظر إلى القانون على أنه مجموعة من القواعد ذات خصائص معينة. وهذا النظر لايحيط بحقيقة القانون. ذلك أن القواعد القانونية هى جزيئات تتكون منها تنظيمات متكاملة يتألف منها النظام القانونى الكلى. ومن المحقق أن ماهية الكل تتجاوز ماهية الأجزاء التى يضمها.

(٣) أنظر فى ذلك Gény - Science et technique, T. I. p. 47 وقارن R. Capitant - L'illicite p. 189 - 190 حيث يقدم اعتراضين. الاعتراض الأول، أن ثمة قواعد قانونية لاجزاء لها كما لايعتقد بوجوب الاجبار على تطبيقها كقواعد القانون الدولى العام. وهذا الاعتراض مردود بأنه لم يعد من الممكن انكار قيام اعتقاد جماعى دولى بوجوب الاجبار على تطبيق قواعد القانون الدولى، وان كان لايجبر فعلا على تطبيق هذه القواعد لعدم وجود سلطة عليا تكفل تطبيقها. والاعتراض الثانى، أن ثمة قواعد خلقية أودينية يمكن أن يوضع العنف فى خدمتها فيجبر على تطبيقها. وهذا الاعتراض بدوره مردود بأنه حيث يسود الاعتقاد بوجوب الاجبار على تطبيق قاعده دينية فانها تتحول إلى قاعدة قانونية.

(٤) Haesaert - Théorie générale du droit p. 93 - 101. R. Capitant - L'illicite p. 116 - 118. Du Pasquier - Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit 3e éd. no. 262. Marty et Raynaud T. I. no. 34.

وأنظر أيضاً، أحمد سلامه – دروس فى المدخل لدراسة القانون ١٩٦٥ ص ٣٥ – ٣٦.

الفقه (١) ، وبدليل وجود قواعد قانونية يعوزها مثل هذا الجزاء (٢) ، فان القانون يعد مع ذلك أقوى وأكثر فاعلية من سواه من الضوابط الاجتماعية ، وذلك بفضل ما يتميز به من قيام اعتقاد جماعى بوجوب الاجبار على تطبيقه. فمجرد قيام هذا الاعتقاد يجعل القانون أكثر ضغطاً وتأثيراً من سواه من الضوابط الاجتماعية .

٤ — وإذا كان علماء الاجتماع قد عنوا بدراسة القانون دراسة اجتماعية حتى أنهم جعلوا علم الاجتماع القانونى من فروع علم الاجتماع ، فان من حق وواجب فقهاء القانون أن يعنوا بدراسة الاجتماع الانسانى من جوانبه القانونية . ذلك أن الاجتماع الانسانى هو موضوع القانون . وموضوع القانون جدير بأن يدرس من زاوية القانون . فللاجتماع الانسانى انعكاساته على القانون الذى يجمع بين أنه يتولد عن هذا الاجتماع ويحكمه . وكم

---

(١) Roubier - Théoric générale dn droit 2e. éd. no. 5 p. 32. Dabin - Théorie générale du droit 2e. éd. no. 26 - 32. Del Vecchio - Philosophie du droit p. 295 - 301.

وأنظر أيضاً : حسن كيره — أصول القانون ف ١٨ ص ٥٠ — ٥٣. عبد المنعم البدراوى — المدخل للعلوم القانونية ف ٩ ص٢٢ — ٢٣. شمس الدين الوكيل — المدخل لدراسة القانون ص ١٨—١٩ . عبد الفتاح عبد الباقى — نظرية القانون ط ٥ ف ٤ ص٤ ١. عبد الحى حجازى — المدخل لدراسة القانون ف ٤٩ ص ٧٢ . توفيق فرج — المدخل للعلوم القانونية ص ١٨ .

(٢) من ذلك قواعد القانون الدولى العام والقانون الدستورى . فلا يسعنا أن نسلم بما يراه البعض (دابان — المرجع السابق ف ٣٨ — ٣٩ ، ديلفيكيو — المرجع السابق ص٣٠٠) من أن قواعد القانون الدولى لاتزال تفتقد الصفة القانونية الكاملة. ذلك أن الصفة القانونية اما أن تتوافر أو لاتتوافر ولا يمكن أن تكون غير كاملة . كذلك لايسعنا أن نسلم بما يراه البعض (روبييه — المرجع السابق ف ٥ ص٤٠ ، حسن كيره — المرجع السابق ص٥١ — ٥٢ ، عبد الباقى — المرجع السابق ص٣٩) من أن القانون الدستورى يتوافر له جزاء خاص يتلائم مع طبيعته هو الموازنة بين السلطات والرقابة الشعبية . فالواقع أن تلك الموازنة والرقابة لاتعد جزاءاً حقيقياً. يضاف إلى ذلك أن تلك الرقابة تفترض قيام اعتقاد جماعى بوجوب الاجبار على تطبيق قواعد القانون الدستورى . وهذا الاعتقاد هوالذى ترجع اليه فى الحقيقة الصفة القانونية لقواعد القانون الدستورى .

من مشكلة قانونية ، وكم من خلاف فقهى ، يمكن أن تصل بنا دراسة الاجتماع الإنسانى إلى الفصل فيه .

فدراسة ظاهرة الاجتماع الانسانى تمدنا بما يمكننا من الفصل فى تلك الدعوى الخطيرة التى أقامها من قبل المذهب الفوضوى وجددها من بعده المذهب الشيوعى مختصمين فيها القانون ذاته ومطالبين بالحكم عليه بأن مصيره الفناء لما يبشرون به من أن المجتمع سيتطور ليصبح أو ليعود مجتمعاً بلا قانون .

ودراسة مستويات الاجتماع الانسانى تمدنا بما يمكننا من حسم الخلاف القائم حول موضع الجماعات فى النظام القانونى ، وموقف هذا النظام من الفرد والمجتمع . فتتبع تطور دور الجماعات فى الاجتماع الانسانى يلقى الضوء على تحول النظام القانونى من الاعتراف إلى عدم الاعتراف إلى الاعتراف بالجماعات كخلية قانونية يمكن أن تكون مصدراً لقواعد قانونية. وتحديد علاقة الفرد بالمجتمع يبرز الموقف الذى ينبغى أن يقفه القانون منهما ، ويحسم الخلاف بين المذهب الفردى والمذهب الجماعى ، إذ يكشف عن أن النزاع ، ليس فى الحقيقة بين الفرد والمجتمع ، وانما بين الوحدات الاجتماعية التى ينتمى اليها الأفراد .

وهذا ما دفعنا إلى أن نتصدى لدراسة الاجتماع الانسانى من زاوية القانون ، وفى حدود كونه الموضوع الذى يحكمه النظام القانونى . وفى تصدينا لذلك سوف نبدأ بدراسة ظاهرة الاجتماع الانسانى ، ثم نعرض لمستويات هذا الاجتماع المتدرجة لما لهذه المستويات من انعكاسات قانونية ؛ ولهذا نقسم هذه الدراسة إلى فصلين :

الفصل الأول : نعرض فيه لظاهرة الاجتماع الانسانى .

والفصل الثانى ، نعرض فيه لمستويات الاجتماع الانسانى .

الفصل الأول

ظاهرة الاجتماع الانسانى

٥ ــ الاجتماع الانسانى ظاهرة لابد وأن تكون صاحبت بصورة من الصور حياة الانسان الدنيوية . وهذا ما تؤيده الأديان ، إذ تصور آدم أبا البشرية وقد عاش فى العالم الدنيوى هو وزوجته وأولاده (١) .

وإذا كان يمكن الجدل حول الصورة الأولى للاجتماع الانسانى : هل هى الأسرة أو العشيرة أو غير ذلك (٢) ، كما يمكن التشكك فيما إذا كانت قد قامت مجتمعات بالمعنى الدقيق فى العصور البدائية أو عصور ما قبل التاريخ لما يتطلبه قيام المجتمع بالمعنى الدقيق من بلوغ درجة معينة من التقدم فانه لا يمكن الجدل أو التشكك فى أنه فى مختلف عصور الحياة الانسانية قام اجتماع انسانى على صورة من الصور أيا ما كانت درجة بدائيتها وتأخرها .

وحتى فى العصور المتقدمة نجد أن ظاهرة الاجتماع الانسانى أعم وأثبت من ظاهرة المجتمع ، لأن الاجتماع الانسانى يضم كافة أشكال الحياة الاجتماعية ، ولأن المجتمع كما سوف نرى يعد أحد مستويات ذلك الاجتماع

وإذا رجعنا إلى ظاهرة الاجتماع الانسانى فى ماضيها وتتبعناها فى

(١) أنظر فى ذلك ، حسن سعفان ــ أسس علم الاجتماع ط ٦ ص ١٣٦ .

(٢) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب ــ علم الاجتماع ج ٢ ص٢١٩ . ماكيفر وبيج ــ المجتمع ، ترجمة الدكتور على أحمد عيسى ص ١٩ .

حاضرها وتطلعنا إلى مستقبلها خرجنا من ذلك بحقيقتين تجتمع لهما صفة اللزوم والتلازم ، بحيث تعدان من عداد لزوم ما يلزم .

أما الحقيقة الأولى ، فهى أن الاجتماع الانسانى لازم للانسان ، بحيث لا يمكن أن تقوم حياة انسانية بلا اجتماع انسانى .

وأما الحقيقة الثانية ، فهى أن الاجتماع الانسانى يستلزم قيام قانون يحكمه ، بحيث لا يمكن قيام اجتماع انسانى بلا قانون .

ولهذا ينبغى أن نعرض أولا للزوم الاجتماع الانسانى للانسان ، ثم نعرض ثانياً للزوم النظام القانونى للاجتماع الانسانى .

المبحث الأول

الاجتماع الانسانى لازم لقيام الحياه الانسانية

الانسان كائن اجتماعى :

٦ — يوصف الانسان بأنه كائن اجتماعى منذ قال أرسطو قوله المأثور المشهور «ان الانسان مدنى بالطبع» . هذا القول الذى أمّن عليه من جاءوا بعد أرسطو ، والذى أردفه أرسطو بقوله ان الفرد الذى لا يستطيع أن يعيش فى جماعة أو ليست له حاجات اجتماعية لأنه يكفى نفسه بنفسه إما أن يكون دون الانسانية أو فوقها ، أى إما أن يكون وحشاً أو الها : يكون وحشاً لأنه ليس فى حاجة لأن يعيش فى مجتمع بشرى أو يكون الهاً لأنه بلغ جميع كمالاته وليس فى حاجة إلى من يكمله (١) .

٧ — ووصف الانسان بأنه كائن اجتماعى يعد من الحقائق الواقعية ، فالمشاهد أن الانسان يولد من اجتماع انسانى وينمو ويعيش فى ظل اجتماع

---

(١) أنظر فى عرض ذلك ، مصطفى الخشاب — علم الاجتماع ومدارسه ج ١ ص ٥٣ .

انسانى . وما يقال عن روبنسون كروزو أو حى بن يقظان من أنهما عاشا منفردين منعزلين محض قصة تصورية خيالية لا نصيب لها من الواقع ، إذ لم توجد أى من هاتين الشخصيتين الوهميتين . وفى الحالات القليلة التى حرم فيها شخص من أن ينمو فى ظل اجتماع انسانى ، أدى هذا الحرمان إلى افتقاده عدة صفات انسانية . فعند اكتشاف هؤلاء الأشخاص وجد أن انعزالهم الاجتماعى الكامل لم يترك لهم الا القليل من الصفات الانسانية التى تكون لانسان فى مثل سنهم . فمنهم من كان يمشى على أربع ولم يكن يتحدث بأية لغة فيما عدا عواء يشبه عواء الذئاب كما كان يخشى الآدميين . ومنهم من كان لا يقدر على المشى أو الكلام كما كان مجرداً تماماً من العواطف غير مكترث بمن حوله (١)

٨ — وهذه الحقيقة الواقعية تعد أيضاً حقيقة تاريخية . فلا ينفى عنها ذلك مجرد أن الانسان البدائى عاش فى وسط لا يجوز علميا أن يعد مجتمعاً لاختلافه اختلافاً جوهرياً عن المجتمع ، إذ من مقومات المجتمع قيام ضمير أو وعى جماعى بينما العقلية البدائية لا تسمح بقيام مثل هذا الوعى(٢) . فاذا كان ذلك ينفى أن الانسان البدائى عاش فى مجتمع ، فانه لا ينفى أنه عاش فى وسط اجتماعى ، وأنه يعد كائناً اجتماعياً . فمن المسلم به أن الانسان البدائى عاش فى جماعة انسانية يطلق عليها الجماعة المحبوكة أو غير المتميزة . بل ان حياة الانسان البدائى فى هذه الجماعة المحبوكة تجعله كائناً اجتماعياً أكثر من سواه . ذلك أن من خصائص تلك الجماعة المحبوكة أن الانسان يرتبط بها برباط غريزى بيولوجى ، وأن أعضائها يعدون أجزاء من وحدة لا تتجزأ لا يشعرون داخلها بافتقاد

(١) أنظر فى ذلك ، ماكيفر وبيج — المجتمع ، ترجمة الدكتور على عيسى ص ٩٤ — ٩٦ .

(٢) أنظر فى ذلك ، بيردو — مطول علم السياسة ط ٢ ج ١ ف ٢١ — ٢٢ ص ٤٧—٤٩ .

ذاتيتهم ولا يدركون حقيقة الكل الذى ينتمون اليه لأن الجزء فى الكيان البيولوجى لا يدرك حقيقة الكل (١)

المقصود بأن الانسان كائن اجتماعى :

٩ — إذا كان من المحقق أن الانسان كائن اجتماعى ، فان مدلول هذه الحقيقة يحتاج إلى تحديد . فهل يقصد بذلك مجرد أن نفسية الانسان فطرت على أن تميل ميلا غريزياً إلى اقامة اجتماع انسانى بحيث يكون هذا الاجتماع فطرياً غريزياً ، أم أنه يقصد بذلك أن قدرة الانسان بطبيعة تكوينه لا يمكن أن تفى بضروراته المادية وانما لا بد له من التعاون فى ذلك مع غيره بحيث يكون الاجتماع الانسانى ضرورياً لحياته ، أم أنه يقصد بذلك أن شخصية الانسان وصفاته الانسانية لا يمكن أن تتكون أو تنمو الا فى مجتمع انسانى بحيث يعد الاجتماع الانسانى ضرورياً لتكوين الكيان المعنوى للانسان ؟

١٠ — يجيبنا ابن خلدون على ذلك بقوله «الاجتماع الانسانى ضرورى ويعبر الحكماء عن هذا بقولهم الانسان مدنى بالطبع أى لابد له من الاجتماع» . ويمضى ابن خلدون فيبين ان الله سبحانه وتعالى خلق الانسان وركبه على صورة لا يصح حياتها وبقاؤها الا بالغذاء والدفاع عن النفس . وقدرة الواحد من البشر قاصرة عن تحصيل حاجته من ذلك الغذاء الذى يعد مادة حياته ، كما لا تؤمن له الدفاع عن النفس الذى يتوقف عليه بقاؤه (٢) . ولهذا كان الاجتماع الانسانى ضرورياً للانسان

---

(١) أنظر فى ذلك ، كازانيف — فكرة المجتمع البدائى فى مطول علم الاجتماع لجيرفتش ج ٢ ص٤٢٣ . طه بدوى — أصول علوم السياسة ، ١٩٦٧ ص ٣٦ .

(٢) أنظر ، مقدمة ابن خلدون ص ٤١ — ٤٢ .

حتى يمكنه التعاون مع أبناء جنسه على تحقيق الضرورات المادية لحياته وبقائه .

ولا يقف ابن خلدون عند ذلك . فالى هذه الاعتبارات المادية التى تجعل الاجتماع الانسانى ضرورياً لوجود الانسان المادى يضيف ابن خلدون اعتباراً نفسياً هو ما فطر عليه الانسان من شعور غريزى يدفعه إلى الاستئناس بأخيه الانسان (١) . والواقع أنه يمكن أن نصل إلى حد القول بأن الاجتماع الانسانى يعد ضرورة نفسية كما هو ضرورة مادية ، لأنه لا يمكن للنفس الانسانية أن تحبس فى عزلة تامة وان كانت قد تكون انعزالية أو انطوائية إلى حد يعد مرضاً نفسياً . ولهذا يعد الحبس الانفرادى من أقسى وأشد ما يخيف الانسان من عقوبات .

١١ — ويختلف عن ذلك تحديد ماكيفر وبيج للمقصود بأن الانسان كائن اجتماعى . فمن رأيهما أنه لا يقصد بذلك ان الانسان كائن متآلف مع الناس ، فالأفراد مختلفون من هذه الناحية ، كذلك ليس المقصود أن الانسان اجتماعى بحكم تكوين أصيل فى الطبيعة الانسانية. وانما المقصود أنه بدون المجتمع وبدون التراث الاجتماعى لا تستطيع شخصية الفرد أن تستبين . وهذا ما لا يرفض كله ولا يقبل كله (٢)

فلا يرفض من هذا الرأى أن المجتمع ضرورى لتكوين شخصية الانسان ونمو مظاهر انسانيته ، وذلك لما سبق أن رأيناه فى الحالات التى عزل فيها انسان عن المجتمع عزلا تاماً . ولهذا يعد الاجتماع الانسانى ضرورياً ليس فقط لحفظ الكيان المادى للانسان ، وانما يعد أيضاً ضرورياً لنمو الكيان المعنوى للانسان .

---

(١) أنظر فى عرض ذلك ، مصطفى الخشاب – المرجع السابق ج ١ ص ١٠٣ .

(٢) أنظر ، ماكيفروبيج – المجتمع ، ترجمة الدكتور على عيسى ص ٩٩ .

ولكن لا يقبل من ذلك الرأى أن الانسان لا يعد اجتماعياً بحكم تكوين أصيل فيه . فمجرد أنه بدون المجتمع لا يمكن أن تتكون شخصية الانسان أو تنمو مظاهر انسانيته ، لا ينفى أن الانسان بطبيعة خلقه يعد كائناً اجتماعياً . ليس فقط لأنه لا يمكن أن ننكر ما للانسان من غريزة اجتماعية ، وانما أيضاً لأنه ، لولا ما خلق عليه الانسان من قابلية للاستجابة إلى المؤثرات الاجتماعية ، ولولا مازود به من استعداد للتكيف الاجتماعى (١) ولولا ما بث فيه من قدرة العقل والنطق ، لما أمكن للمجتمع أن يؤثر فيه فيكوّن شخصيته وينمى مظاهر انسانيته .

وبذلك نكون قد تحققنا من مدى لزوم الاجتماع الانسانى لقيام الحياة الانسانية ، وبقى أن نتحقق مما يستلزمه هذا الاجتماع الانسانى من قيام نظام قانونى .

المبحث الثانى

الاجتماع الانسانى يستلزم قيام نظام قانونى

١٢ — إذا نظرنا إلى ما يحيط بنا من مجتمعات فلن نجد مجتمعاً بلا قانون ، بلا نظام قانونى يحكمه ويسود الاعتقاد بوجوب الاجبار على تطبيق قواعده .

الا أن ذلك لا يعفينا من أن نتحقق من أن الاجتماع الانسانى يستلزم قيام نظام قانونى . فعلينا أن نتساءل : لماذا يوجد القانون فيما يحيط بنا من مجتمعات ؟ وهل وجدت قبلها مجتمعات بلا قانون أو يتصور أن توجد بعدها مجتمعات بلا قانون ؟

(١) التكيف الاجتماعى هو تطبع الانسان بالبيئة الاجتماعية التى يعيش فيها بحيث يصبح قطعة منها وعنصراً منسجماً مع عناصرها . أنظر ، مصطفى الخشاب — المرجع السابق ج ٢ ص ٢٠١ .

لماذا يوجد القانون في مجتمعاتنا ؟

١٣ — إذا ما تساءلنا لماذا يوجد القانون فيما يحيط بنا من مجتمعات أجابنا على ذلك ابن خلدون بأنه إذا حصل اجتماع البشر فلابد من وازع يدفع بعضهم عن بعض لما فى طبائعهم من العدوان والظلم . وهذا الوازع يكون حاكماً له الغلبة واليد القاهرة وعليه أن يرجع فى حكمه إلى قوانين سياسية مفروضة يسلمها الكافة وينقادون إلى أحكامها (١) .

١٤ — فأما أن العدوان من طبائع البشر ، فهذه حقيقة سجلها الماضى ويسجلها الحاضر . ومردها أن الانسان كائن أنانى كما هو كائن اجتماعى ، ينزع إلى الصراع كما ينزع إلى التعاون ، تكمن فيه شهوة تدفعه إلى الشر كما يكمن فيه عقل يحضه على الخير (٢) . فاذا ما تغلبت طبيعة الانسان الأنانية على طبيعته الاجتماعية ، ونزعته إلى الصراع على نزعته إلى التعاون ، وقوة الشهوة التى تدفعه إلى الشر على قوة العقل التى تدفعه إلى الخير ، وهذا ما يقع كثيراً ، عندئذ يتعرض الانسان إلى عدوان الانسان .

١٥ — وأما أن ما طبع عليه الانسان من عدوان يقتضى وجود حاكم يدفع هذا العدوان ، فهذا ما يقطع به ما يؤدى اليه عدم كبح جماح العدوان من اقتتال وفوضى وهمجية لا يمكن معها قيام حياة انسانية وانما تفنى هذه الحياة أو تتحول إلى حياة حيوانية (٣)

---

(١) أنظر مقدمة ابن خلدون ص ٤٣ و ص ١٩٠ .

(٢) أنظر ، حسن الساعاتى — المرجع السابق ص٢٨ — ٣١ . ابن خلدون — المقدمة ص١٢٧ وقد قال تعالى : «زين للناس حب الشهوات» آل عمران ٢٤ ، وقال تعالى «ونفس وما سواها فألهمها فجورها وتقواها» الفجر ٧ — ٨ .

(٣) أنظر ، ابن خلدون — المقدمة ص١٨٧ حيث قال أنه إذا اجتمع البشر دعت الضرورة إلى المعاملة واقتضاء الحاجات ومد كل واحد منهم يده إلى حاجته يأخذها من صاحبه لما فى طبيعته من ظلم وعدوان ويمانعه الآخر عنها بمقتضى الغضب والانفة والقوة البشرية فيقع التنازع المفضى إلى المقاتلة وهى تؤدى إلى الهرج وسفك الدماء وإذهاب النفوس .

١٦ – وأما أن ذلك الحاكم الذى تكون له الغلبة واليد القاهرة يجب أن يرجع فى حكمه إلى قوانين يسلمها الكافة وينقادون اليها ، فهذا مايرجع إلى أنه لايكفى لكبح جماح الانسان تأثير التربية والثقافة والأخلاق والرأى العام ، بل والدين إذا كان لا يسود الاعتقاد بوجوب الاجبار على تطبيق أحكامه الدنيوية . فبالرغم مما لهذه الضوابط الاجتماعية من تأثير فى ضبط سلوك الانسان ، فانها لا تكفى فى ذلك وانما لابد من ضابط آخر أقوى منها . هذا الضابط الأقوى هو القانون (١) الذى لا يسعنا أن نسلم بأنه يتميز بالقهر على تطبيق أحكامه . فالواقع ، أن ذلك غير لازم وانما يكفى القانون الاعتقاد بوجوب الاجبار على تطبيق أحكامه . فمن هذا الاعتقاد يستمد القانون قوته . وبهذا الاعتقاد يتميز القانون عن سائر الضوابط الاجتماعية . ولهذا الاعتقاد لا يغنى عن القانون أى ضابط اجتماعى آخر .

هل وجدت مجتمعات بلا قانون ؟

١٧ – قيل بأنه فى الجماعات البدائية المحبوكة أو التوتمية لا يمكن أن يوجد قانون (٢) ، إذ يحول دون وجوده حائلان :

الأول ، أن من خصائص هذه الجماعات عدم التمييز بين تنظيم وآخر بحيث يختلط التنظيم السياسى بالاقتصادى لانتمائها جميعاً إلى التوتم ، الذى ترتد اليه مختلف القوى المقررة لمصير الجماعة والذى يصبغ كافة ما ينتمى اليه بصبغته الخفية الخارقة . ولكن الواقع أن مجرد اصطباغ القاعدة

---

(١) أنظر فى ذلك ، روس – مبادىء علم الاجتماع ، أشار اليه الساعاتى فى مؤلفه علم الاجتماع القانونى ص ١٤ ، وأنظر أيضاً ص ٥١ – ٥٢ من هذا المؤلف .

(٢) أنظر فى ذلك . بيردو – مطول علم السياسة ط ٢ جـ ١ ٨ ٢ ص ٥١ . وأنظر فى عرض ذلك القول ونقده ، ديلفكيو – فلسفة القانون ط ١٩٥٣ ص ٢٨٧ . ليفى بريل – مقدمة الدروسة القانونية (مؤلف مشترك) جـ ١ . ص ٢٥٣ – ٢٥٤ .

بصبغة خارقة لا ينفى عنها الصفة القانونية ما دامت تتوافر لها الخصيصة المميزة للقاعدة القانونية وهى الالتزام الذى تفرضه الجماعة على من ينتمون اليها (١) .

والثانى ، أن من خصائص القانون الاعتقاد بضرورته . وهذا الاعتقاد لا يمكن أن يتوافر الا لشخص قادر على أن يدرك أنه اما أن يطيع قاعدة من القواعد أو أن يتحمل الجزاء ، بينما العقلية البدائية لا تدرك الا المحسوس ولا قدرة لها الا على الأحكام العاطفية البحتة دون الأحكام المنطقية أو التى تحتاج إلى تصور أو تجريد (٢) . ولكن الواقع أن الاعتقاد بضرورة القاعدة لا يستعصى على العقلية البدائية ما دامت هذه القاعدة تصطبغ بصبغة خارقة يضفيها عليها انتماؤها إلى التوتم الذى تنتمى اليه كافة القوى المسيرة للجماعة البدائية .

١٨ — كذلك قيل بأن الانسان مر بحالة عاش فيها على الفطرة (٣) وهذا ما قد يوحى بأن الانسان مرت به مرحلة عاش فيها بلا قانون ، وما يقتضى أن نعرض لذلك القول الذى اختلف حول المقصود به .

١٩ — فالبعض يرى أن ذلك القول يقصد به أنه مرت بالانسان مرحلة تاريخية سابقة على قيام المجتمع عاش فيها على الفطرة متمتعا بحريته وحقوقه الطبيعية . وهذا ما انتقده بعنف الاستاذ ديجى (٤) . انتقده أولا لأن الانسان لا يمكن أن تكون له أية حقوق الا إذا عاش فى مجتمع

---

(١) أنظر فى ذلك ، ليفى بريل — الموضع السابق .

(٢) أنظر فى ذلك ، بيردو — الموضع السابق .

(٣) أنظر فى عرض ذلك ، فالين — الفردية والقانون ط ٢ ر ٤٣ — ٤٦ ص ٩٥ — ١٠٤ .

(٤) أنظر ، ديجى — مطول القانون الدستورى جـ ١ ف ١٩ .

وارتبط مع غيره بعلاقات اجتماعية . وانتقده ثانياً لأن الانسان بطبيعة تكوينه العضوى والنفسى لا يمكن أن يعيش ولم يعش أبداً منفرداً ، فهو لا يمكن أن يعيش الا فى مجتمع ولم يعش أبداً الا فى مجتمع .

٢٠ — والبعض يرى أن ذلك القول لا يقصد به أن الانسان عاش فى مرحلة تاريخية بلا مجتمع وبلا قانون ، وانما يقصد به أنه من المتصور أن الانسان عاش أو يمكن أن يعيش فى مجتمع فطرى لا توجد فيه سلطة عليا سياسية وان كان يوجد فيه قانون لأن وجود القانون يمكن أن يكون سابقاً على قيام مجتمع السلطة المنظم . وهذا ما قال به الأستاذ فالين (١) .

٢١ — فأما أن حالة الفطرة يقصد بها حالة مجتمع فطرى وليس حالة انسان منفرد ، فهذا ما يستفاد مما قاله لوك الذى يعد من أبرز القائلين بحالة الفطرة . فهو يقول انه ، إذا كانت حالة الفطرة حالة حرية حقيقية بحيث تكون للانسان حرية أن يفعل ما يشاء دون توقف على اذن أو ارادة شخص آخر ، فانه ليست للانسان حرية الاعتداء على غيره . وهو يقول انه ، إذا كانت حالة الفطرة حالة مساواة بحيث لا يكون لأى انسان سلطة على آخر ، فانه يكون لكل انسان حق عقاب من يعتدى على حقوقه(٢) وهذا ما يفصح عن أن حالة الفطرة لا تنفى وجود علاقات اجتماعية وقيام مجتمع فطرى .

٢٢ — وأما أن ذلك المجتمع الفطرى ، لا يمثل مرحلة تاريخية معينة وانما حالة متصورة ، فهذا ما يستفاد أيضاً من أقوال أبرز القائلين بحالة الفطرة ، وخاصة لوك وبفندروف . فلوك يجيب على الاستفهام الاعتراضى

---

(١) أنظر ، فالين — المرجع السابق ف ٤٢ ص ٩٥ .

(٢) أنظر ، لوك — محاولة فى الحكومة المدنية ف ١ ، ٣ ، ٤ ، أشار فالين فى المرجع السابق ص ٩٧ .

الذى وجه إلى حالة الفطرة وهو أين عاش الانسان فى مثل هذه الحالة ، بأن الأمراء والحكام يعيشون فى حالة الفطرة ، وان العالم لم ولن يخل من عدد من الأشخاص عاشوا أو يعيشون فى حالة الفطرة . وهذا مايرى الأستاذ فالين أنه يصدق على المجتمع الدولى الذى يضم دولا متساوية فيما بينها ولا توجد سلطة سياسية تعلوها (١) . وبفندروف يقول أن مجتمع السلطة أو المجتمع السياسى الذى نعرفه ليس ظاهرة طبيعية وانما هو من صنع الانسان . ولهذا يكون من المعقول أنه قبل أن يتم تشكيل ذلك المجتمع السياسى عاش الانسان غير خاضع لسلطة الانسان (٢) .

٢٣ — وأما أن ذلك المجتمع الفطرى لابد له من قانون يحكمه ، فهذا ما تنطق به أقوال لوك . فهو يقول بأن حرية الانسان فى أن يفعل مايشاء مشروطة بأن يلتزم قانون الطبيعة ، ويقول أيضاً بأن حالة الفطرة لها قانونها : قانون الطبيعة الذى يحكمها والذى يجب أن يخضع له كل انسان ويطيعه . ولا يسعنا أن نسلم بما ذهب اليه الأستاذ فالين من أن القيود التى وضعها لوك على حرية الانسان فى حالة الفطرة ليست قيوداً قانونية وانما اخلاقية (٣) . فليس أدل على أن لوك يعنى قيوداً قانونية يفرضها قانون هو قانون الطبيعة من قوله ان هذا القانون يخول لكل انسان حق العقاب على ما يقع عليه من اعتداءات .

٢٤ — وأما أن ذلك المجتمع الفطرى يمكن أن يوجد له قانون ، فهذا ما لا يحول دونه عدم قيام سلطة سياسية عليا منظمة . ذلك أن قيام

---

(١) أنظر ، فالين — المرجع السابق ص ٩٩ .

(٢) أنظر ، بيفندروف — قانون الطبيعة والشعوب ك ٢ ب ٢ ، أشار اليه فالين ، فى المرجع السابق ص ١٠١ .

(٣) أنظر ، فالين — المرجع السابق ص ٩٨ .

هذه السلطة ليس لازماً لوجود القانون الذى يمكن أن يكون سابقاً عليها .
وهذا ما قال به ديجى (١) وجيزفتش (٢) ، وما أيده فالين استناداً
إلى أن قواعد التنظيم السياسى للمجتمع التى تبين شكله وتحدد من يزاولون
سلطاته تسبق قيام المجتمع السياسى لأنه يستند اليها فى قيامه . فالسلطة
التشريعية التى تكون لها فى المجتمع السياسى سلطة اصدار القانون تستمد
سلطتها من قاعدة قانونية سابقة على قيامها ومصدر تلك القاعدة وغيرها
من القواعد التى تسبق قيام المجتمع السياسى المنظم هو العرف . فمن المؤكد
أن كل مجتمع انسانى بدأ بمرحلة أولية كان فيها القانون عرفياً إلى أن
جاء يوم حددت فيه احدى القواعد العرفية سلطة معينة تختص باصدار
القواعد القانونية . وهذا هو الشأن فى المجتمع الدولى الذى لا توجد فيه
سلطة عليا منظمة . ولهذا صدق فون جيرك حين قال أن شعباً بلا دولة ،
جماعة دينية بلا كنيسة ، مجتمعاً من الدول بلا سلطة عليا ، مهنة بلا تنظيم ،
يمكن أن يكون لها قانوناً (٣) .

وبذلك نكون قد تحققنا من أنه لم توجد مجتمعات بلا قانون ،
وبقى أن نتحقق من أنه لا يتصور أن تتطور المجتمعات بحيث تستغنى
عن القانون .

هل يتصور قيام مجتمعات بلا قانون ؟

٢٥ — يتصور مذهبان أن المجتمع يمكن أن يتطور بحيث تنتفى
حاجته إلى قيام نظام قانونى يحكمه ويحكم ما يوجد فيه من علاقات اجتماعية
هذان المذهبان هما : المذهب الفوضوى ، والمذهب الشيوعى .

(١) أنظر ، ديجى — الدولة ، القانون الموضوعى ، والقانون الوضعى ص ١٣٤ .
(٢) أنظر جيرفتش — فكره القانون الاجتماعى ص ٦٨٦ حيث أشار إلى هريو .
(٣) أنظر ، فالين — المرجع السابق ف ٥١ — ٥٢ ص ١٠٨ — ١١٠ .

المذهب الفوضوى :

٢٦ — يتصور المذهب الفوضوى (١) ، كما تنطق أقوال برودون الذى يعد من أبرز أقطابه ، قيام مجتمع جديد متقدم تحل فيه العقود التى يبرمها الأفراد بكل حرية محل القانون الذى يصدر بالأغلبية أو حتى بالاجماع . وبذلك يتحرر أفراد المجتمع من سلطات القانون وكافة سلطات الدولة وفى مقدمتها السلطة القضائية . فاذا قام نزاع بين الأفراد فانه يعرض على محكمين يتفق المتنازعون على اختيارهم ويكون تنفيذ قرارهم اختيارياً . وهذا هو الشأن فى كافة العقود التى لا يوجد أى جزاء على الاخلال بها ، وانما يتوقف تنفيذها على ارادة كل من المتعاقدين (٢) .

٢٧ — وهذا الذى يتصوره المذهب الفوضوى بعيد عن أقصى ما يمكن أن يصل اليه التصور ما لم نجاوز المعقول إلى اللامعقول . ذلك أنه لابد أن تعم الفوضى فى المجتمع إذا خلا من قانون يسود الاعتقاد بوجوب الاجبار على تطبيق أحكامه وترك الأمر لمحض ارادة الأفراد ، ان شاءت نفذت العقود التى تعقدها وقرارات المحكمين الذين تختارهم وان شاءت لم تنفذها .

وقد يبدو أن الأمر ليس بالخطورة التى يتراءى عليها ، لأن ما لا ينفذ اختياراً من العقود فى المجتمع الحالى الذى يسوده القانون لا يذكر بجانب العقود التى يتم تنفيذها اختياراً (٣) . ولكن الواقع أن ذلك مردود بأنه لو لم يوجد القانون لاختلف الوضع . ذلك ان ممن ينفذون تعهداتهم

---

(١) أنظر فى عرض هذا المذهب ، أحمد جامع — الفوضوية بين الفردية والاشتراكية ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية س ٩ ص ١٤٥ . .

(٢) أنظر فى عرض ذلك ، فالين — الفردية والقانون ط ف ١٢٧ ص ٢٣٤ — ٢٣٨ .

(٣) أنظر ، فالين — المرجع السابق ف ١٣٣ ص ٢٤٤ .

دون الالتجاء إلى اجبارهم على ذلك من يدفعهم إلى ذلك وجود القانون وعلمهم بأنهم إذا لم ينفذوا ما يلتزمون به اختياراً أجبروا على تنفيذه ، يضاف إلى ذلك أنه حتى إذا لم يتضاعف القدر الذى لاينفذ إختياراً من العقود ، فان هذا القدر كاف للاخلال باستقرار المجتمع وأمنه .

كذلك قد يبدوأنه ليس من الخيالى الإعتماد على التنفيذ الاختيارى للعقود ، لأنه إذا كان لن يوجد فى ذلك المجتمع الجديد جزاء قانونى على الاخلال بها ، فانه يوجد جزاء اجتماعى يتعرض له من يخل بتعهده . هذا الجزاء الاجتماعى هو عدم التعاقد فى المستقبل مع من أخل بتعهده (١) . ولكن الواقع أن ذلك الجزاء الاجتماعى غير كاف ولافعال كما أثبت العمل . وليس أدل على ذلك من أنه ، لو كان لذلك الجزاء من الفعالية ما يحمل الأفراد على تنفيذ التزاماتهم ، لما واجه القضاء ما يحفل به من دعاوى بسبب عدم تنفيذ المتعاقدين لتعهداتهم .

المذهب الشيوعي :

٢٨ — يتصور المذهب الشيوعى (٢) انه من الحتمى أن يتطور المجتمع تطوراً يمر بمرحلتين :

أما المرحلة الاولى، فيتحول فيها المجتمع من مجتمع رأسمالى إلى مجتمع اشتراكى . وهذا ما يتحقق بقيام ثورة البروليتاريا والغائها للملكية الخاصة وقضائها على استغلال الانسان للانسان . وفى هذه المرحلة الأولى لا تزول الدولة ولا يزول القانون ، وانما تتحول الدولة إلى دولة اشتراكية ويتحول القانون إلى قانون اشتراكى . وأيا ما كان الرأى فيما يذهب اليه هذا المذهب

---

(١) أنظر ، فالين — الموضع السابق .

(٢) أنظر فى موقف هذا المذهب من القانون ، سلسلة فلسفة القانون ، العدد ١٢ عن ماركس والقانون الحديث .

بشأن هذه المرحلة الأولى من مراحل تطور المجتمع ، فانه يسلم بوجود القانون فيها وبالحاجة اليه (١) .

وأما المرحلة الثانية ، فيتحول فيها المجتمع من مجتمع اشتراكى إلى مجتمع شيوعى . وهذا ما يتحقق إذا تحققت تطورات ثلاثة :

التطور الأول ، هو قضاء البروليتاريا على نفسها كطبقة ، بحيث لا تعود هناك طبقة حاكمة وأخرى محكومة .

والتطور الثانى ، هو القضاء على عدم كفاية الانتاج الاقتصادى والوصول إلى درجة من غزارة الانتاج بحيث لا تعود هناك أية مشكلة فى التوزيع فيحصل كل فرد على ما يحتاجه وليس على قدر عمله . وبذلك لا يعود هناك مجال لقيام تنازع مادى بين الأفراد .

والتطور الثالث ، هو القضاء على تقسيم العمل بحيث يكون للفرد أن يقوم بأى عمل وبكل عمل يشاء القيام به ، فلا يكون أسيراً لعمل واحد وانما يمكنه أن يقوم فى يوم بعمل وفى يوم آخر بعمل آخر . وبذلك لا يعود هناك أى مجال للتحاسد والتنازع بين الأفراد .

فاذا تم تحقيق هذه التطورات الثلاثة ، التى يتحقق بها تحول المجتمع من مجتمع اشتراكى إلى مجتمع شيوعى ، فانه لا تعود أية حاجة لا إلى الدولة ولا إلى القانون ، ومن ثمة يختفيان (٢) .

٢٩ — وهذا الذى يبشر المذهب الشيوعى بتحققه فى المرحلة الثانية من مراحل تطور المجتمع لابد من مناقشته . ومناقشتنا له تدور

(١) أنظر فى عرض ذلك ، ستويانوفتش — الماركسية والقانون ، باريس ١٩٦٤ ص ١٠٥

(٢) أنظر فى عرض ذلك ، ستويانوفتش — المرجع السابق ص ١٠٨ .

حول محورين . الأول . هو هل تنتفى حقاً الحاجة إلى القانون إذا حدث ما لم يحدث إلى الآن وهو تحول المجتمع إلى مجتمع شيوعى ؟ والثانى ، هو هل تنتفى حقاً الصفة القانونية عن النظام والقواعد اللذين يسلم ذلك المذهب بوجودهما فى المجتمع الشيوعى الذى يبشر به ؟

٣٠ — (أولا) هل تنتفى الحاجة إلى قيام نظام قانونى فى المجتمع الشيوعى ؟

من المستبعد ، بالرغم من التطورات الثلاثة التى رأينا أن المجتمع الشيوعى يتوقف على تحقيقها ، أن تنتفى الحاجة إلى النظام القانونى فى هذا المجتمع . فالواقع أن القضاء على عدم كفاية الانتاج وتقسيم العمل لن يقضى على المنازعات والانحرافات الفردية . ذلك ان هـذه المنازعات والانحرافات لا ترجع فحسب إلى عدم حصول الفرد على ما يحتاجه أو إلى ما يشعر به من حسد لقيام غيره بعمل غير الذى يقوم به . فالى جانب الأسباب الاقتصادية للمنازعات الفردية توجد أسباب معنوية لا شأن لها بتوزيع الانتاج أو تقسيم العمل . وهذا هو الشأن فيما يثور بين الأفراد من منازعات عاطفية أو بسبب مجرد الاختلاف فى الرأى أو بين أشخاص يقومون بنفس العمل (١) .

وإذا كان التطور الاقتصادى الذى يعلق عليه المذهب الشيوعى قيام المجتمع الشيوعى سيكون له أثره على معنويات أفراد المجتمع (٢) ، فان هذا الأثر لا يمكن أن يصل إلى حد تغيير طبيعة الانسان . فسيظل

(١) أنظر فى ذلك ، مصطفى أبوزيد — فى الحرية والإشتراكية والوحده ص ١٠٩ .

(٢) أنظر فى عرض ذلك ، ستويا نوفتش — المرجع السابق ص ١٠٩ .

للانسان عقله وعاطفته وارادته الخاصة التى تختلف من انسان إلى انسان ، مما يكون مثاراً لاختلاف الانسان مع الانسان .

كذلك أيا ما كان مدى ما سيصل اليه الانسان من تحكم فى غرائزه ، فانه لن يكون بمنأى عن الانحراف . وهذا ما يسلم به المذهب الشيوعى الذى لا ينكر أنه قد تقع انحرافات فردية فى المجتمع الشيوعى (١) . ولا شك ان امكان وقوع هذه الانحرافات يفترض وجود قواعد تحدد السلوك المنحرف والسلوك غير المنحرف ، بحيث يعد السلوك منحرفاً إذا كان مخالفاً لها وغير منحرف إذا كان موافقاً لها . ووجود هذه القواعد يسلم به المذهب الشيوعى (٢) . وان كان لا يسلم بأنها قواعد قانونية . وهذا ما ينتقل بنا إلى التساؤل الثانى الذى تدور حوله مناقشتنا لما ينكره ذلك المذهب من وجود قانون فى المجتمع الشيوعى .

٣١ – (ثانياً) هل تنتفى الصفة القانونية عما يوجد فى المجتمع الشيوعى من نظام وقواعد ؟

يسلم المذهب الشيوعى بأن المجتمع الشيوعى لن يخلو من تنظيم (٣) ، ولكنه ينكر أن ذلك التنظيم يكون تنظيما قانونياً يتضمن قواعد قانونية(٤) ، ويستند هذا الانكار إلى أن القانون لا يمكن أن يوجد الا فى مجتمع طبقى ، لأنه يفترض ، من ناحية وجود حاكم ومحكوم ، ومن ناحية أخرى

(١) أنظر فى ذلك ، مصطفى أبوزيد – المرجع السابق ص ١٠٦ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ستويا نوفتش – المرجع السابق ص ٣٤١ .

(٣) أنظر فى ذلك ، فريدمان – النظرية القانونية ، لندن ١٩٦٠ ص ٣٢٧ – ٣٢٨ ـ ستويانوفتش – المرجع السابق ص ١٠٩ .

(٤) أنظر فى ذلك ، ستويانوفتش – المرجع السابق ص ٣٤١ .

وجود مصالح طبقية يعمل على حمايتها (١) . وهذا ما ينتفى فى المجتمع الشيوعى الذى يتميز بأنه مجتمع غير طبقى لا توجد فيه طبقة حاكمة وطبقة محكومة . ومجرد أن توجد فى المجتمع الشيوعى ادارة وتنظيم للانتاج والخدمات لا يعنى أن هذه الادارة تمارسها طبقة حاكمة وأن ذلك التنظيم يكون بمقتضى قواعد قانونية . ذلك أن المجتمع بأسره هو الذى يقوم بوضع وتطبيق قواعد تلك الادارة وذلك التنظيم ، ومن ثمة فانها تعد مجرد قواعد اجتماعية وليست قواعد قانونية (٢) .

وهذا الذى يستند اليه المذهب الشيوعى غير مقنع ، ذلك أن جوهر القانون الذى يميزه عما عداه من الضوابط الاجتماعية ، ليس صدوره عن سلطة حاكمة ، وانما قيام اعتقاد جماعى بوجوب الاجبار على تطبيق قواعده على نحو ما سبق أن ذكرنا . وهذا الاعتقاد لا يمكن أن يتخلف فى المجتمع الشيوعى الذى يبشر به المذهب الشيوعى . فلا يمكن أن يتخلف الاعتقاد بوجوب الاجبار على تطبيق القواعد المنظمة للانتاج والخدمات ، كما لا يمكن أن يتخلف الاعتقاد بوجوب الاجبار على تطبيق القواعد المتعلقة بسلامة الانسان أو بحماية النظام الشيوعى ذاته ومنع انتكاسه .

ولا نحسب أن المذهب الشيوعى يجادل فى ذلك ، وهو الذى لا يقول بأن المجتمع الشيوعى سيخلو من سلطة اجتماعية (٣) ويسلم بأن الشعب المسلح يقوم بقمع ما قد يقع من انحرافات فردية (٤) . فهذا القمع يفترض

---

(١) أنظر فى ذلك ، ستويانوفتش – المرجع السابق ص ١٢٦ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ستويا نوفتش – المرجع السابق ص ١٠٩ ، ٣٤١ .

(٣) أنظر فى ذلك ، ستويانوفتش – المرجع السابق ص ٣٤١ .

(٤) أنظر فى ذلك ، مصطفى أبوزيد – المرجع السابق ص ١٠٦ ، ١١٠ .

قيام اعتقاد جماعى بأن القواعد التى ينحرف عنها الأفراد تكون واجبة التطبيق جبراً على من تسول له نفسه الانحراف عنها . وما دام يتوافر لتلك القواعد جوهر القاعدة القانونية وهو الاعتقاد بوجوب الاجبار على تطبيقها ، فان تهرب المذهب الشيوعى من أن يطلق عليها اسم القواعد القانونية لا يمكن أن ينفى عنها طبيعتها القانونية (١) ، ومن ثمة لا يمكن أن ينفى قيام نظام قانونى فى المجتمع الشيوعى الذى يبشر به إذا حدث أن قام هذا المجتمع .

وبذلك نكون قد تحققنا من أن الاجتماع الانسانى يستلزم قيام نظام قانونى . فما من مجتمع بلا نظام قانونى ، أيا ما كان هذا المجتمع ، وأيا ما كان التطور الذى قد يحدث له . ومن قبل ذلك تحققنا من أن الاجتماع الانسانى لازم لقيام الحياة الانسانية ، مما يجعل من ذلك الاجتماع ظاهرة حتمية من جوانبها قيام نظام قانونى يستمد من حتميتها حتميته . وبعد أن درسنا ظاهرة الاجتماع الانسانى كظاهرة عامة ، ننتقل إلى دراسة مستويات الاجتماع الانسانى فى حدود كونه الموضوع الذى يحكم النظام القانونى .

---

(١) أنظر فى ذلك ، ستويانوفتش – المرجع السابق ص ٣٤١ .

الفصل الثانى

مستويات الاجتماع الإنسانى

تحديد :

٣٢ — للاجتماع الانسانى ثلاثة مستويات متدرجة متداخلة : الأول مستوى الارتباطات أو الروابط الاجتماعية ، والثانى مستوى الجماعات الخاصة ، والثالث مستوى المجتمعات الشاملة . فمن الارتباطات التى تعد نواة الاجتماع الانسانى تتكون الجماعات . ومن الجماعات التى تعد وحدة اجتماعية مركبة تتكون المجتمعات الشاملة (١) . ودراسة الاجتماع الانسانى باعتباره موضوع النظام القانونى تقتضى أن نعرض لمستويات هذا الاجتماع حتى نتبين موضعها من النظام القانونى .

المبحث الأول

مستوى الارتباطات الاجتماعية

تقسيم :

٣٣ — تعد الارتباطات الاجتماعية نواة الاجتماع الانسانى الأولية الجوهرية . فبدون هذه الارتباطات الاجتماعية لا يمكن أن يقوم اجتماع انسانى . وتنقسم هذه الارتباطات إلى نوعين : ارتباط انتمائى يقوم بين الشخص ووحدة ينتمى اليه ، وارتباط غيرى أو تقابلى بين شخص وآخر

---

(١) نظر فى ذلك ، جيرفتش — النزعات الحالية لعلم الاجتماع جـ ١ ص ١٦ ، ص ١٢٨ .

يعد غيراً بالمقابلة له أو بين وحدة وأخرى مقابلة لها . وسوف نعرض أولا للارتباط الانتمائى ، ثم نعرض ثانياً للارتباط الغيرى أو التقابلى .

اولا : الارتباط الانتمائى :

٣٤ — إذا قلت نحن القانونيون أو نحن الأساتذة أو نحن المسلمون أو نحن الآباء ، كان معنى ذلك أننى واحد من كل أنتمى اليه . الواحد هو «أنا» القانونى أو الأستاذ أو المسلم أو الأب ، والكل هو «نحن» القانونيون أو الاساتذة أو الآباء . وبين الواحد والكل يقوم نوع من الارتباط يتميز بأنه ارتباط انتمائى ، لأنه يربط بين الفرد ووحدة اجتماعية أولية ينتمى اليها (١) .

٣٥ — وفى داخل كل مجتمع نجد العديد من تلك الارتباطات الانتمائية ، ومن ثمة العديد من الوحدات الاجتماعية الأولية التى ينتمى اليها الأفراد . هذه الوحدات الأولية التى تنتمى بدورها إلى وحدات اجتماعية مركبة هى الجماعات التى تحقق التماسك والتوازن بين ما تضمه من وحدات أولية متقابلة ومتنازعة . فاذا كان يبدو أن هناك تقابلا وتنازعا بين الفرد والمجتمع ، فان هذا التقابل والتنازع ليس فى الحقيقة بين الفرد والمجتمع وانما بين الوحدات الاجتماعية التى ينتمى اليها الأفراد (٢) .

٣٦ — ويتوقف الارتباط الانتمائى ، وبالتالى قيام وحدة اجتماعية أولية ، من ناحية على وجود مشابهة ومخالفة بين مجموعة من الأفراد ، ومن ناحية أخرى على ادراك الأفراد لذلك الانتماء (٣) .

---

(١) أنظر ، جيرفتش — المرجع السابق ص ١٤٣ .

(٢) أنظر ، جيرفتش — المرجع السابق ص ١٢٨ ، ١٢٣ ، ١٤٩ .

(٣) أنظر ، جيرفتش — المرجع السابق ١٣٥ — ١٣٨ .

فمن ناحية ، يتوقف الارتباط الانتمائى على وجود مشابهة ومخالفة بين عدد من الأفراد حتى يمكن أن تتكون منهم وحدة اجتماعية أولية ينتمون اليها . فالأفراد الذين يشبه بعضهم بعضا إلى حد ما هم الذين يمكن أن تتكون منهم وحدة اجتماعية ينتمون اليها لما يوجد بينهم من مشابهة لا تصل إلى حد التطابق وانما تترك مجالا للمخالفة بينهم ، هذه المخالفة التى تحقق التكامل بين من ينتمون إلى الوحدة الاجتماعية ، والتى لولاها ما أمكن التمييز بينهم .

ومن ناحية ثانية ، يتوقف الارتباط الانتمائى على قيام ادراك جماعى لهذا الارتباط . فبدون ادراك الأفراد لانتمائهم إلى وحدة اجتماعية لا يمكن أن يوجد ارتباط لهم بها . الا أنه لا يلزم أن يكون ذلك الادراك فعليا ، وانما يستوى أن يكون فعليا أو غير فعلى ايجابى أو سلبى . بل أن أغلب الوحدات الاجتماعية الأولية ما يكون ادراك الانتماء اليها مضمراً غير فعال .

٣٧ — وللارتباط الانتمائى ثلاثة مستويات . الأول ، يكون فيه الارتباط ضعيفا والانتماء سطحيا . والثانى ، يكون فيه الارتباط متوسطا والانتماء نسبياً . والثالث ، يكون فيه الارتباط قوياً والانتماء مطلقاً (١) .

وباختلاف درجة ارتباط الفرد وانتمائه لوحدة اجتماعية أولية تختلف علاقته بها من حيث استجابته لها أو ضغطها عليه . فدرجة الارتباط الانتمائى تتناسب تناسباً مطرداً مع درجة استجابة الفرد إلى الوحدة الاجتماعية الأولية التى ينتمى اليها ، بينما تتناسب تناسباً عكسياً مع درجة ضغط هذه الوحدة على من ينتمون اليها . فاذا كان الارتباط ضعيفاً

(١) أنظر ، جيرفتش — المرجع السابق ص ١٣٤ .

كانت استجابة الفرد ضعيفة والضغط عليه قوياً . وإذا كان الارتباط قوياً كانت استجابة الفرد قوية والضغط عليه ضعيفاً . أما إذا كان الارتباط متوسطاً فان كلا من استجابته والضغط عليه يكون متوسطاً (١) . ولهذا فان التحكم الاجتماعي في الفرد لا يظهر الا في حالة واحدة هي حالة ما إذا كان ارتباطه بالوحدة الاجتماعية الأولية التي ينتمي اليها ضعيفاً .

٣٨ — وللارتباط الانتمائي انعكاساته على النظام القانوني . هذه الانعكاسات التي منها ما يرد على نطاق هذا النظام القانوني ، ومنها ما يرد على العلاقات التي يحكمها والقواعد التي يتضمنها (٢) .

فمن هذه الانعكاسات ، أن الارتباط الانتمائي يدخل في نطاق النظام القانوني إذا توافر في الوحدة الاجتماعية الأولية التي ينتمي اليها عدد من الأفراد عدد من الشروط . هذه الشروط هي : أن تكون هذه الوحدة ايجابية ، على درجة كافية التماسك ، واعية بوجودها وبالعمل على تحقيق نوع من العدل ، قادرة على محاسبة الخارجين عليها .

ومن تلك الانعكاسات ، أن العلاقات التي يحكمها النظام القانوني والقواعد التي يتضمنها تنقسم إلى علاقات وقواعد جماعية وعلاقات وقواعد فردية أو تقابلية . فالعلاقات القانونية المنبثقة عن الارتباط الانتمائي والقواعد القانونية التي تحكمها تعد علاقات وقواعد جماعية بالمقابلة إلى غيرها من العلاقات والقواعد التي تعد علاقات وقواعد فردية أو تقابلية .

ومن تلك الانعكاسات ، أن الوحدات الاجتماعية الأولية التي يرتبط

---

(١) أنظر ، جيرفتش – المرجع السابق ص ١٤٦ – ١٤٨ .

(٢) أنظر ، جيرفتش – مطول علم الاجتماع ج ٢ ص ١٩٢ .

بها الأفراد ارتباطاً انتمائياً يمكن أن تكون اطاراً لقيام عرف خاص يعد مصدراً من مصادر قواعد النظام القانونى .

ثانيا : الارتباط التقابلى :

٣٩ - إذا قلنا هذا ابن وذاك أب ، هذا دائن وذاك مدين ، أو قلنا هؤلاء طلبة كلية الحقوق وأولئك طلبة كلية التجارة ، وهؤلاء عمال وأولئك أصحاب أعمال ، فاننا نقابل بذلك بين فردين أو مجموعتين من الأفراد يقوم بينهم نوع من الارتباط الاجتماعى يتميز بأنه ارتباط تقابلى أو غيرى وتعد الروابط المنبثقة عنه روابط تقابلية أو غيرية لأنها بين طرفين متقابلين أو متغايرين (١) .

٤٠ - ويتوقف الارتباط التقابلى على ادراك كل من طرفيه للآخر ادراكاً فعالا أو مضمراً . كذلك يتوقف هذا الارتباط التقابلى على وجود أساس للمقابلة وآخر للارتباط .

أما أساس التقابل بين طرفين فهو اختلاف الوحدة الاجتماعية التى ينتمى اليها أحدهما عن الوحدة التى ينتمى اليها الآخر . فالتقابل بين طلبة الحقوق وطلبة التجارة أساسه انتماء الأولين إلى وحدة الحقوقيين وانتماء الآخرين إلى وحدة التجاريين . ولهذا يفترض الارتباط التقابلى وجود وحدات اجتماعية تعد اطاراً له (٢) .

وأما أساس الارتباط بين طرفين متقابلين فهو وجود وجه من أوجه التوافق أو الالتقاء يربط بينهما . وهذا ما قد يرجع إلى أنه فى نفس الوقت الذى ينتمى فيه طرفان إلى وحدتين اجتماعيتين مختلفتين ، فانهما ينتميان

---

(١) أنظر ، جيرفتش - المرجع السابق ص ١٣٨ .

(٢) أنظر ، جيرفتش - المرجع السابق ص ١٣٩ ، ١٨٩ .

معاً إلى وحدة اجتماعية ثالثة ، كما هو الشأن فى انتماء طلبة الحقوق وطلبة التجارة إلى وحدة اجتماعية تجمعهما هى وحدة الطلبة . ومهما بلغ مدى التقابل بين طرفين ، وحتى إذا وصل إلى حد التضاد ، فان التقاءهما فى نقطة معينة يقيم بينهما ارتباطاً تقابليا . فالمتنافسان أو الخصمان يرتبطان ارتباطاً تقابلياً لأنهما يلتقيان حول ما يتنافسان فيه أو يختصمان عليه (١) .

٤١ — ومن حيث المضمون ، ينقسم الارتباط التقابلى إلى ترابط تقاربى وترابط تباعدى وترابط مختلط (٢) .

فأما الترابط التقاربى ، فيقوم بين طرفين لا ينفى تقابلهما تقاربهما ، كما هو الشأن فى ترابط الابن والأب ، الزوج والزوجة ، الأخ والأخت . وتنعكس طبيعة هذا الترابط التقاربى على ما قد تنبثق عنه من علاقات قانونية بحيث تعد هذه العلاقات علاقات ذات طبيعة شخصية .

وأما الترابط التباعدى ، فيقوم بين طرفين لا ينفى ارتباطهما تباعدهما وتضادهما ، كما هو الشأن فى رابطة الخصومة ورابطة المنافسة . وهذا ما ينعكس على ما ينبثق عن الترابط التباعدى من علاقات قانونية بحيث تعد علاقات تضاد .

وأما الترابط المختلط ، فيقوم بين طرفين بينهما قدر من التقارب وقدر من التباعد ، كما هو الشأن فى المعاوضات التى يوجد بين طرفيها قدر من التقارب مرده ما تحققه لكل منهما من مصلحة ، وقدر من التباعد مرده اختلاف مصلحة أحدهما عن مصلحة الآخر . ولهذا فان ما ينبثق عن الترابط المختلط من علاقات قانونية تكون له طبيعة متميزة عن سواه من العلاقات القانونية التى يحكمها النظام القانونى .

---

(١) أنظر ، جيرفتش — المرجع السابق ص ١٨٩ .

(٢) أنظر ، جيرفتش — المرجع السابق ص ١٨٩ — ١٩٣ .

٤٢ – ومن حيث الأطراف ، ينقسم الارتباط التقابلى إلى ارتباط فردى وارتباط جماعى (١) . فقد يكون هذا الترابط بين فرد وآخر ، وعندئذ يعد ارتباطاً فردياً . وقد يكون ذلك الارتباط بين وحدة اجتماعية وأحد الأفراد أو بين وحدة اجتماعية وأخرى ، وعندئذ يعد ارتباطاً جماعياً .

وينبنى على هذا التقسيم ، من الناحية القانونية ، أن الاتفاقات القانونية التى تنبثق عن الارتباط التقابلى تنقسم إلى اتفاقات فردية كما هو الشأن فى عقد العمل الفردى الذى يربط بين عامل وصاحب عمل ، واتفاقات جماعية كما هو الشأن فى العقد الجماعى المنظم للعمل الذى يربط بين عمال منشأة وصاحبها . ولكل من هذين النوعين من الاتفاقات تنظيم قانونى مختلف اختلافاً جوهرياً مرده أن أحدهما اتفاق فردى والآخر اتفاق جماعى (٢) .

٤٣ – ومن حيث الفاعلية ، ينقسم الارتباط التقابلى إلى ارتباط تقابلى ايجابى يقوم تفاعل بين أطرافه ، وترابط تقابلى سلبى يظل أطرافه فى حالة سكون (٣) . ولهذا التقسيم انعكاسه على النظام القانونى . ذلك أن الترابط الايجابى هو وحده الذى تنبثق عنه علاقات قانونية يحكمها النظام القانونى . أما الترابط السلبى فيعد مجدباً من الناحية القانونية ، إذ لا تنبثق عنه علاقات قانونية (٤) .

---

(١) أنظر ، جيرفتش – المرجع السابق ص ١٤٥ .

(٢) أنظر ، جلال العدوى – قانون العمل ، الاسكندرية ١٩٦٨ ، ص ١٩٨ – ٢١١ .

(٣) أنظر ، جيرفتش – المرجع السابق ص ١٩١ .

(٤) أنظر ، جيرفتش – المرجع السابق ص ١٨٧ ، وأيضاً مطوله فى علم الاجتماع ج ٢ ص ١٩٢ .

هذا عن الترابط التقابلى ، عرضنا له بعد أن عرضنا للترابط الانتمائى : وبذلك نكون قد فرغنا من التعرض لنوعى الارتباطات الاجتماعية التى تعد نواة الاجتماع الانسانى والمستوى الأول من مستوياته . ومن هذا ننتقل إلى المستوى الثانى من مستويات الاجتماع الانسانى وهو مستوى الجماعات الذى يعد المستوى الأوسط من مستويات ذلك الاجتماع .

المبحث الثانى

مستوى الجماعات

تقسيم :

٤٤ – تقتضى دراسة الجماعات ، باعتبارها احدى مستويات الاجتماع الانسانى الذى يعد موضوع النظام القانونى ، وفى الحدود التى تتطلبها دراستنا لذلك الاجتماع كموضوع لذلك النظام ، أن نبدأ أولا بتحديد موضع الجماعات فى الاجتماع الانسانى ، ثم نعرض ثانياً لموضعها فى النظام القانونى .

§ ١ – موضع الجماعات فى النظام القانونى

٤٥ – إذا نظرنا من خلال العدسة الاجتماعية وجدنا أن الأفراد الذين ينتمون إلى وحدات اجتماعية أولية يعودون فينتمون إلى وحدات اجتماعية مركبة ولكن جزئية . هذه الوحدات الاجتماعية المركبة الجزئية هى الجماعات : الجماعات المحلية والجماعات الخاصة .

فكل من الجماعات المحلية والجماعات الخاصة هى وحدات اجتماعية مركبة ، لأن أفرادها ينتمون إلى عدة وحدات اجتماعية أولية ويرتبطون بعدة روابط اجتماعية تقابلية ، بحيث تجتمع داخل الجماعة مجموعة من

الارتباطات الاجتماعية الانمائية والتقابلية (١) . وهذا هو الشأن فى القرى والمدن التى تعد جماعات محلية ، كما هو الشأن فى النوادى والجمعيات التى تعد جماعات خاصة .

وكل من الجماعات المحلية والجماعات الخاصة هى وحدات اجتماعية جزئية لأنها تعد أجزاء من وحدة اجتماعية أشمل هى المجتمع (٢) الذى يضم العديد من تلك الجماعات المحلية والخاصة (٣) . فالقرى والمدن والنوادى والنقابات تنتمى إلى مجتمع شامل ينسق بينها ويحقق تماسكها .

ولهذا فان الجماعات تعد المستوى الأوسط من مستويات الاجتماع الانسانى لأنها تقع بين مستوى الترابطات الاجتماعية ومستوى المجتمع الشامل .

٤٦ — والجماعات التى تشغل ذلك الموضع فى الاجتماع الانسانى لها عدة مقومات يتوقف عليها قيامها (٤) . فلا يكفى لقيام جماعة من الجماعات مجرد تشابه أو تجمع عدد من الأفراد ، وانما يلزم لذلك : أولا ، أن تكون لمجموعة من الأفراد مواقف جماعية متميزة ، وثانياً ، أن تعمل هذه المجموعة من الأفراد على تحقيق مصالح مشتركة محلية أو تخصصية ، وثالثاً ، أن تكون تلك المجموعة من الأفراد قابلة لأن تشكل وحدة اجتماعية هيكلية .

٤٧ — فأول ما يلزم لقيام جماعة من الجماعات هو أن تسود بين

(١) أنظر جيرفتش — المرجع السابق ص ٢٩٤ .
(٢) أنظر ، جيرفتش — الموضع السابق .
(٣) أنظر عاطف غيث — علم الاجتماع ص ٢٢٥ ، ٢٥٢ .
(٤) أنظر ، جيرفتش — المرجع السابق ص ٢٩٤ — ٣٠٨ .

مجموعة من الأفراد مجموعة من المواقف المشتركة المتميزة التى تدفعهم إلى سلوك مسلك اجتماعى معين أو القيام بأدوار اجتماعية معينة . فهذه المواقف المشتركة المتميزة تعد احدى مقومات الجماعة التى تجعل منها وحدة اجتماعية قادرة ، إما على أن تخلق لنفسها بعض الانماط أو الرموز أو القيم الاجتماعية ، وإما على تعديل بعض الانماط والرموز والقيم التى تتلقاها من المجتمع الذى تعد جزءاً منه (١) .

٤٨ — وثانى ما يلزم لقيام جماعة من الجماعات هو أن تعمل مجموعة من الأفراد على تحقيق مصالح مشتركة محلية أو تخصصية . وهذا ما ترجع اليه المواقف المشتركة المتميزة التى تسود بين أفراد الجماعة ، وما يقتضى أن تكون هذه المواقف ايجابية متصلة ، وما يميز الجماعة عن المجتمع .

فمن ناحية ، ترجع المواقف المشتركة التى تميز أفراد الجماعة إلى أن هؤلاء الأفراد يعملون على تحقيق مصالح مشتركة محلية أو تخصصية . فلولا هذه المصالح المشتركة ما كانت تلك المواقف المشتركة ، وبالتالى ما تكونت من تلك المجموعة من الأفراد جماعة من الجماعات .

ومن ناحية أخرى ، يقتضى العمل على تحقيق مصالح مشتركة أن تكون مواقف أفراد الجماعة المشتركة مواقف ايجابية متصلة . فبدون هذه الايجابية وهذا الاتصال لا يمكن تحقيق تلك المصالح . ولهذا لا تعد من الجماعات مجموعات الأفراد الذين يشتركون فى نوع من أنواع المعرفة أو التقاليد أو الذكريات ما دامت ليست لهم مواقف ايجابية متصلة (٢) .

(١) أنظر ، جيرفتش — المرجع السابق ص ٣٠٥ — ٣٠٦ .
(٢) أنظر ، جيرفتش — المرجع السابق ص ٣٠٥ — ٣٠٧ .

ومن ناحية أخيرة ، يميز العمل على تحقيق مصالح مشتركة محلية أو متخصصة الجماعة عن المجتمع (١) . فالجماعة المحلية تتميز بأنها لا تستهدف سوى تحقيق المصالح المشتركة المحلية دون سواها من المصالح المشتركة ؛ والجماعة الخاصة تتميز بأنها لا تستهدف سوى تحقيق مصلحة مشتركة واحدة أو مصالح مشتركة محددة تتخصص في تحقيقها دون سواها من المصالح المشتركة (٢) . أما المجتمع فيستهدف تحقيق كافة المصالح المشتركة دون تفرقة بين مصلحة وأخرى .

٤٩ — وثالث ما يلزم لقيام جماعة من الجماعات هو أن تكون مجموعة الأفراد الذين تجمعهم مواقف ومصالح مشتركة قابلة لأن تشكل وحدة اجتماعية هيكلية . فبدون ذلك لا يتحقق التماسك والاتساق بين المواقف المشتركة والعمل المشترك على تحقيق المصالح المشتركة . وبدون ذلك لا يتحقق الاتساق بين الارتباطات الاجتماعية المتعددة التي يرتبط بها أفراد الجماعة المنتسبين إلى وحدات أولية مختلفة . وفي ذلك تختلف الجماعات عن الوحدات الاجتماعية الأولية التي لا يمكن أن يكون لها تشكيل هيكلي . الا أنه إذا كان يلزم أن تكون الجماعة قابلة للتشكيل الهيكلي ،

---

(١) قارن ، جيرفتش — المرجع السابق ص ٣١٣ حيث يرى أن من الجماعات مالا يقتصر على تحقيق مصالح محلية أو تخصصية كالطبقات الاجتماعية . ويرتبط ذلك بما يتجه اليه من أن الدولة لاتمثل مجتمعاً وانما مجرد جماعة داخل مجتمع الأمة تعمل على تحقيق مصالح محدده. وهذا مالا يسعنا أن نسلم به . فمن ناحية . يبدو لنا أنه إذا كانت الطبقة الاجتماعية تعمل على تحقيق جميع مصالح أفرادها الطبقية ، فانها لاتعمل على تحقيق مالهم من مصالح باعتبارهم أفراد أمة معينة أو مجتمع معين . ومن ناحية أخرى ، يبدو لنا أنه إذا كانت الدولة لاتختلط بالمجتمع الذى تعد مجرد تنظيم سياسى له ، فانها لا تعد مع ذلك مجرد جماعة من الجماعات المتعدده التى يضمها المجتمع وانما الشكل السياسى لهذا المجتمع .

(٢) أنظر ، عاطف غيث — المرجع السابق ص ٢٥٣ .

فانه لا يلزم أن تكون منظمة (١) . فمن الجماعات ما هو غير منظم (٢) ، كما هو الشأن فى بعض المهن التى لا يحول عدم تنظيمها دون قابليتها لتشكيل هيكل اجتماعى ، ومن ثمة لا يحول دون اعتبارها جماعات (٣) .

§ ٢ - موضع الجماعات فى النظام القانونى

٥٠ - فى القرنين السابع عشر والثامن عشر ساد الاتجاه إلى عدم اعتراف النظام القانونى بأية جماعة تتوسط بين الفرد والمجتمع الشامل ممثلا فى مجتمع الدولة .وكان ذلك تحت تأثير ما وصل اليه نظام الطوائف من فساد حتم القضاءعليه . الا أنه بعد ظهورالجماعات الاقتصادية الحديثة فى القرن التاسع عشر وما احتلته من مكان ومكانة فى المجتمع تحولت الأنظمة القانونية إلى الاعتراف بالجماعات (٤) .

٥١ - واعتراف النظام القانونى بالجماعات مقيد بعدم تعارضها مع مبادئه . ولهذا توجد جماعات معترف بها وجماعات غير معترف بها بل على العكس غير مشروعة (٥) . واعتراف النظام القانونى بالجماعات قد يصل إلى الاعتراف للجماعة بشخصية قانونية مستقلة كما هو الشأن بالنسبة للشركات ، وقد لا يصل إلى الاعتراف للجماعة بمثل هذه الشخصية

---

(١) أنظر ، جيرفتش - المرجع السابق ص ٣٠٧ - ٣٠٨ . وقارن عاطف غيث - المرجع السابق ص ٢٥٣ .

(٢) أنظر ، مصطفى الخشاب - علم الاجتماع ومدارسه ج ٢ ص ١٠٧ ، وقارن ، عاطف غيث - علم الاجتماع ص ٣٥٣.

(٣) أنظر ، جيرفتش - الموضع السابق .

(٤) أنظر ، جيرفتش - المرجع السابق ص ٢٩٠ . ديلوجو - التشريع الجنائى وتطبقه ص ١٠ - ١١. اسمن - المدخل لدراسة القانون، بالاشتراك مع دلاموراندير وآخرين ج ١ ص ١٦٥ .

(٥) أنظر ، ديلوجو- المرجع السابق ص ٢٠ ف ١٢ .

كما هو الشأن بالنسبة للمشروعات الاقتصادية التي لا تتخذ شكل الشركة .

٥٢ – ومن المحقق أن عرف الجماعة يعد مصدراً لقواعد قانونية تختص بها الجماعة . فالعرف ، الذي يعد من مصادر القانون ، والذي يتولد عن اضطراد العمل بقاعدة معينة مع الإعتقاد بوجوب الاجبار على تطبيقها ، قد يكون عرفاً عاماً وقد يكون عرفاً محلياً أو مهنياً يسود في جماعة محلية أو مهنية لا في المجتمع بأسره .

٥٣ – ولكن هل يمكن أن تنشأ داخل الجماعات قواعد قانونية أخرى غير عرفية يكون مصدرها مصدراً آخر غير العرف الجماعي ؟ فمثلا هل تعد القواعد العامة التي تتضمنها القرارات النقابية أو العقود الجماعية المنظمة للعمل قواعد قانونية صادرة عن سلطة جماعية أو عن اتفاق جماعي ؟ (١)

هذا ما اختلف حوله الرأي بين تأييد ونفي . فما الذي يستند اليه هذا النفي ؟ أيستند إلى أن مثل تلك القواعد الجماعية لا تتوافر لها مقومات القاعدة القانونية ، أم يستند إلى أن مصادرها ليست من المصادر الرسمية للقواعد القانونية ؟

فأما الاستناد إلى أن مثل تلك القواعد الجماعية لا تتوافر لها مقومات القاعدة القانونية ، فهو ما نستبعده كل الاستبعاد . فمن ناحية ، تسرى تلك القواعد الجماعية على أشخاص غير محددين بالذات وانما بصفة معينة هي أنهم أعضاء في جماعة معينة ، وبذلك يتوافر لتلك القواعد الجماعية ما تتصف به القواعد القانونية من عموم يقصد به سريانها على أشخاص

(١) أنظر ، جلال العدوى – قانون العمل ، الإسكندرية ١٩٦٨ ص ١٥٦ وما بعدها .

محددين بالصفة لا بالذات (١) . ومن ناحية أخرى ، يسود الاعتقاد بوجوب الاجبار على تطبيق تلك القواعد الجماعية ، هذا الاعتقاد الذى يعد جوهر القاعدة القانونية الذى يميزها عما عداها من قواعد .

وأما الاستناد إلى أن مصدر تلك القواعد ليس من المصادر الرسمية للقواعد القانونية ، فهو ما لا يستقيم الا مع المذاهب الشكلية التى ترد القوة الملزمة للقاعدة القانونية إلى سلطة الدولة التى تعبر القاعدة عن ارادتها ومشيئتها (٢) . وهذا ما يستلزم أن يكون مصدر القاعدة القانونية مصدراً رسمياً هو التشريع أو ما يحيل اليه من مصادر تستمد صفتها الرسمية من هذه الاحالة . ولو أن ذلك صحيح لصح أن ننفى وجود مصادر للقواعد القانونية ليست لها صفة رسمية تستمدها من احالة التشريع اليها . ولكن ذلك أبعد مايكون عن الصحة . وليس أدل على ذلك من أن العرف الذى تقول المذاهب الشكلية بأنه يستمد قوته الملزمة من احالة التشريع اليه كان سابقاً على هذا التشريع ، بل وسابقاً على الدولة (٣) . وهذا ما سبق أن أشرنا اليه (٤) . وما أيدته الدراسات الاثنولوجية التى كشفت عن أن القانون نشأ خارج الدولة (٥) .

---

(١) أنظر ، جلال العدوى — المرجع السابق ف ١٨٤ — ١٨٥ ص ١٥٦ — ١٥٧ .

(٢) أنظر فى عرض هذه المذاهب ، حسن كيره — أصول القانون ط ٢ ف ٤٩ ص ١٠٧ . ديلوجو — المرجع السابق ص٣ .

(٣) أنظر فى ذلك ، حسن كيره — المرجع السابق فى ١٥٦ ص ٣٤٩ .

(٤) أنظر ما تقدم ف ٢٤ .

(٥) أنظر فى ذلك ، مالينوفسكى — الجريمة والعرف فى المجتمع البدائى ، أشار اليه ديلوجو فى المرجع السابق ص ٧ .

ولهذا اضمحلت المذاهب الشكلية (١) وتغلبت عليها المذاهب الموضوعية التى تذهب إلى أن القاعدة القانونية لا تستمد قوتها الملزمة من سلطة الدولة باعتبارها ارادتها ومشيئتها وانما من أسس أخرى واقعية أو مثالية أو مختلطة (٢) . ولهذا ، أيضاً ، لم يعد ثمة وجه لاستلزام أن يكون مصدر القاعدة القانونية مصدراً رسمياً يحيل اليه المشرع ، وبالتالى لم يعد ثمة ما يستند اليه نفى الصفة القانونية عن القواعد العامة غير العرفية التى تنشأ داخل الجماعات ما دام يسود الاعتقاد بوجوب الاجبار على تطبيقها ، وهذا ما تؤكده المذاهب الواقعية ، وما لا يتنافى مع المذاهب المثالية والمختلطة .

فالمذاهب الواقعية تؤكد ذلك لأنها تؤسس القانون على ما تتضمنه الحياة الاجتماعية من حقائق واقعية . فوفقاً للمذهب التاريخى ليس القانون سوى القواعد السائدة التى تسجلها المشاهدة وتعززها التجربة (٣) ، ووفقاً للمذاهب الاجتماعية يعد القانون وليد وقائع اجتماعية (٤) تصفها بعض هذه المذاهب بأنها وقائع قاعدية (٥) . ووفقاً للمذاهب النظامية Théories Institutionnelles يستند القانون وينبع من ضرورة التنظيم

---

(١) أنظر فيما بقى من مذاهب الشكلية ، مارتى ورينو – القانون المدنى ج ١ ف ٢٢ ص ٣٤–٣٦ . وأنظر فى نقدها ، روبييه – النظرية العامة للقانون ص ٥٥ – ٦٠ ، ص ٦٦ – ٧٣ .

(٢) أنظر فى عرض المذاهب الموضوعية ، مارتى ورينو – المرجع السابق ف ٢٢ – ٢٦ ص ٣٧ – ٤٣ ، روبييه – المرجع السابق ص ١٣٣ وما بعدها .

(٣) أنظر فى عرض هذا المذهب ، روبييه – المرجع السابق ص ١٤١ – ١٤٥ وخاصة ص ١٤٤ .

(٤) أنظر فى عرض هذه المذاهب ، روبييه – المرجع السابق ص ١٥٤ وما بعدها .

(٥) أنظر فى ذلك ، جيرفتش – معلول علم الاجتماع ج ٢ ص ١٨٩ .

الاجتماعى (١) . فكل من هذه المذاهب يؤكد أن القواعد الضرورية التى يسود تطبيقها فى جماعة من الجماعات تعد قواعد قانونية أيا ما كان مصدرها .

كذلك ليس فى المذاهب المثالية أو المختلطة ما يتنافى مع اعتبار تلك القواعد الجماعية قواعد قانونية . صحيح أن ممن يذهبون مذهباً مختلطاً من يتجه إلى أن القاعدة القانونية تحتاج إلى قوة الزام إيجابية تفرضها على الأفراد وتكفل احترامها عن طريق الاجبار المادى ، أى أنها تحتاج الى سلطة تعطيها القوة الملزمة فى العمل وتجعل منها قاعدة وضعية ترصد الدولة قوتها المادية على كفالة اجبارها (٢) . ولكن الواقع ان هذا الاتجاه مبناه اعتبار الجزاء أو الاجبار المادى الذى تكفله السلطة العامة عنصراً من عناصر القاعدة القانونية . وهذا ما نستبعده اكتفاء بقيام اعتقاد جماعى بوجوب الاجبار على تطبيق القاعدة . هذا فضلا عن أن من يتجه إلى ذلك يسلم بأن العرف كمصدر للقواعد القانونية تكون له قوة الزام ذاتية مستمدة من الضرورة الاجتماعية التى تفرضه وتحتم وجوده (٣). وهذا ما يدل على أن القاعدة لا تعد قاعدة قانونية لأن الدولة تكفل احترامها ، وانما على العكس من ذلك تكفل الدولة احترام القاعدة لأنها قاعدة قانونية . ولاشك أن ما ينشأ داخل الجماعات من قواعد يسود الاعتقاد بوجوب الاجبار على تطبيقها تكون له قوة الزام ذاتية ، ومن ثمة

---

(١) أنظر فى عرض هذه المذاهب ، ديلوجو – المرجع السابق ص ١٠ – ١٦. دى باسكيه – مدخل للنظرية العامه ولفلسفه القانون ط ٣ ف ٢٧٩ ص ٢٥٦

(٢) أنظر ، حسن كيره – المرجع السابق ف ١١٢ ص ٢٥٣ .

(٣) أنظر ، حسن كيره – المرجع السابق ف ١٦٨ ص ٣٥٤ .

تعد قواعد قانونية يجب على السلطة العامة أن تكفل تطبيقها ما دامت لا تتعارض مع تشريعاتها .

٥٤ — وإذا كانت الجماعات يمكن أن تكون لها قواعدها القانونية التى تصدر عن مصادرها الجماعية العرفية وغير العرفية ، فان ذلك لا يصدق على مختلف الجماعات . فلكى يكون للجماعة مثل تلك القواعد يلزم أن تصل إلى تشكيل بنيان هيكلى . فبدون ذلك لا يمكن أن تكون للجماعات قواعدها القانونية التى تصدر عن مصادرها الجماعية . كذلك يتفاوت ما تنتجه هذه المصادر للجماعات من قواعد قانونية خاصة بها باختلاف هذه الجماعات . فما تنتجه الجماعات المحلية والاقتصادية من قواعد قانونية يفوق ما تنتجه الجماعات الأسرية أو الدينية . وما تنتجه الجماعات الارادية من قواعد قانونية يفوق ما تنتجه الجماعات الالزامية من هذه القواعد (١) .

٥٥ — وثمة اتجاه إلى أن من الجماعات مالا يقف عند مجرد أن تكون له قواعده القانونية التى تنبع من داخله ، وانما يصل الى أن يكون له نظامه القانونى الذى يقوم بجانب النظام القانونى للمجتمع أو الدولة ، مما يؤدى إلى تعـــدد الأنظمة القانونيـة فى المجتمع الواحد أو الدولة الواحدة (٢)

ويطلق من يتجهون هذا الاتجاه على تلك الجماعات اسم الأنظمة Institutions ، ويمثلون لها بالنقابات والجمعيات . وهم يحددونها ، على

---

(١) أنظر ، جيرفتش — مطول علم الاجتماع جـ ٢ ص ١٩٤ — ١٩٥ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ديلو جو — المرجع السابق ص ٦ ، ص ١٠ وما بعدها .

وقارن ، روبييه — المرجع السابق ص ١٧ ومابعدها حيث يرى أن الأنظمة من صنع القانون الوضعى وليست من معطيات الواقع .

اختلاف بينهم ، بأنها تلك التي تتوافر فيها عدة خصائص هي التنظيم : العضوى ، والعمل المشترك ، والاستمرار (١) .

ويقتضى ما يؤدى اليه هذا الاتجاه من تعدد الأنظمة القانونية داخل المجتمع أو الدولة تحديد صلة هذه الأنظمة المتعددة ببعضها . ولما كان استقلال هذه الأنظمة لا يمكن أن يكون مطلقاً ، فانهم يقيدونه بقيدين : الأول ، هو التقييد الذاتي الذى يتحقق إذا لم يتعرض نظام قانونى لما يتعرض له نظام آخر ، أو إذا أحال نظام قانونى إلى آخر في خصوص موضوع معين . والثاني ، هو التقييد التدرجي الذى بمقتضاه تتدرج الأنظمة القانونية فيما بينها حسب قوتها ، بحيث تتغلب قواعد النظام الأقوى على قواعد النظام الأدنى إذا لم يعمل هذا النظام على أن تكون قواعده موافقة لقواعد النظام الذى يعلوه (٢) .

وذلك ما لا يسعنا أن نسلم به . فالواقع أن الجماعة العضوية لا يكون لها نظامها القانونى وانما يكون لها تنظيمها القانونى . والفارق بين النظام القانونى والتنظيم القانونى هو الفارق بين المجتمع الشامل والجماعة التي تعد جزءاً منه . فالنظام القانونى نظام كلى يحكم مجتمعاً شاملا ، أما التنظيم القانونى فتنظيم خاص يحكم جماعة مخصوصة تعد جزءاً من المجتمع الشامل . وكما أن الجماعة لا تعد مجتمعاً فان تنظيمها القانونى لا يعد نظاماً قانونياً ، وانما جزءاً من نظام قانونى كلى .

---

(١) أنظر في عرض فكره الأنظمة ، بونكاز – المدخل لدراسة القانون ط ٣ ف ٦٢ وما بعدها ص ٨٠ ومابعدها . ديلوجو – المرجع السابق ص ١١ – ١٥ .

(٢) أنظر ، ديلوجو – المرجع السابق ف ١٠ – ١٢ ص ١٧ – ٢٠ .

وينبنى على ذلك ، أولا ، أن الأنظمة القانونية لا تتعدد فى المجتمع وانما يوجد فى المجتمع الواحد نظام قانونى واحد تتعدد تنظيماته بتعدد ما يضمه من جماعات .

وينبنى على ذلك ، ثانياً ، أن النظام القانونى الذى يحكم مجتمعاً من المجتمعات لا يسرى فى الأصل على مجتمع آخر يحكمه نظام قانونى آخر الا إذا أحال أحدهما إلى الآخر ، كما هو الشأن فى احالة النظام القانونى المصرى إلى النظام القانونى الإسلامى بالنسبة لبعض علاقات الأحوال الشخصية أو إلى نظام قانونى أجنبى بالنسبة للعلاقات ذات العنصر الأجنبى . ومثل هذه الاحالة لا تنفى بحال أن المجتمع يحكمه نظام قانونى واحد هو هو الذى أحال إلى نظام قانونى آخر .

وينبنى على ذلك ، ثالثاً ، أن العلاقة بين النظام القانونى الكلى للمجتمع والتنظيمات الخاصة بما يضمه من جماعات هى نفس العلاقة بين المجتمع وجماعاته التى تعد علاقة كل بأجزائه . فبقدر ما ترتبط الأجزاء بالكل الذى تنتمى اليه ترتبط التنظيمات الخاصة بالجماعات بالنظام القانونى الكلى للمجتمع . وبقدر ما تؤثر الاجزاء فى الكل الذى يضمها بقدر ما تؤثر التنظيمات الخاصة بالجماعات فى النظام القانونى الكلى للمجتمع .

المبحث الثالث

مستوى المجتمعات

تحديد

٥٦ — من مجموع الارتباطات الاجتماعية الأولية والجماعات المركبة يتكون مستوى اجتماعى أوسع هو مستوى المجتمعات (١) التى تتكون منها مجموعة عالمية تحيط بالاجتماع الانسانى فى كافة مستوياته .

---

(١) أنظر تعريفات متعددة للمجتمع فى : عاطف غيث – علم الاجتماع ص ٢١٤ – ٢٢٢ .

وإذا كانت المجتمعات تفترض قيام وحدات اجتماعية أولية ومركبة يتألف منها بنيانها ، فان هذه الوحدات الاجتماعية الأولية والمركبة تفترض قيام مجتمع يؤلف بينها ويعمل على توازنها كما يحقق تماسكها (١) .

والشمول هو الخصيصة الجوهرية التى تميز المجتمعات عن الجماعات التى تقوم بداخلها (٢) . فالمصالح التى تعمل المجتمعات على تحقيقها تشمل كافة المصالح الاجتماعية (٣) . والتفاعل الذى يقوم داخل المجتمعات يشمل كافة أوجه التفاعل الاجتماعى . والثقافة التى توحد بين أفراد المجتمع ووحداته تشمل كافة جوانب الثقافة الاجتماعية (٤) .

٥٧ — ودراسة المجتمعات ، باعتبارها موضوع النظام القانونى ، وفى حدود ما تتطلبه دراستنا للانعكاسات القانونية للاجتماع الانسانى ، تقتضى أن نعرض لتحديد موقف القانون بين المجتمع والفرد على ضوء العلاقة التى تقوم بينهما . هذه العلاقة التى تنازعها مذهبان متقابلان : المذهب الفردى الذى يقدم الفرد على المجتمع ، والمذهب الجماعى أو العضوى الذى يقدم المجتمع أو الدولة على الفرد . وبعد أن نعرض لكل من هذين المذهبين ، وعلى ضوء ما سنتبينه من عرضنا لهما وما سننتهى اليه من استبعادهما ، سيمكننا أن نحدد موقفنا وموقف من سبقنا إلى استبعادهما من علاقة الفرد بالمجتمع وعلاقة القانون بهما .

---

(١) أنظر . جيرفتش — النزعات الحالية لعلم الاجتماع جـ ١ ص ٢٩٤ .

(٢) لايستتبع هذا الشمول اعتبار الدولة مجرد جماعة من الجماعات المتعدده التى يضمها المجتمع كما ذهب جيرفتش . أنظر ، المرجع السابق ص ٣١٢ — ٣١٣ ، ص ٤٤٦ ، وأيضاً ، مطول علم الاجتماع الذى أشرف عليه وأسهم فيه جـ٢ ص١٩٥ . والواقع أنه إذا كانت الدوله لاتختلط بالمجتمع فانها لاتعد مع ذلك احدى الجماعات التى يضمها المجتمع وانما الشكل السياسى لهذا المجتمع

(٣) أنظر ماتقدم ف ٤٨ .

(٤) أنظر فى الشمول الثقافى للمجتمع ، عاطف غيث — المرجع السابق ص ٢٢١ حيث أيد ما تطلبه جونسون فى المجتمع من شمول ثقافى .

المطلب الأول

المذهب الفردى (١)

أساس المذهب الفردى :

٥٨ — من أقدم المذاهب التى تتعرض للعلاقة بين الفرد والمجتمع المذهب الفردى ، الذى يقدم الفرد على المجتمع ، والذى لا يرى فى المجتمع حقيقة موضوعية تسبق الأفراد فى الوجود وتفرض نفسها عليهم . فقوام هذا المذهب أن الفرد لا يستمد وجوده وحقوقه من المجتمع . وانما المجتمع هو الذى يستمد وجوده وكيانه من الأفراد . فللفرد حقوق طبيعية تقررها الطبيعة ولا يتلقاها من المجتمع . فهو ليس مجرد جزء من كل وانما هو كل مستقل قائم بذاته ، لأن الطبيعة الانسانية تمنحه من الارادة والحرية ما يجعله سيد نفسه ومصيرة . وما المجتمع الا وسيلة للتوفيق بين الانسان والانسان وحماية ما يتمتع به كل انسان من حقوق طبيعية . ولهذا فان المجتمع يجب أن يكون فى خدمة الفرد ، وليس الفرد هو الذى يكون فى خدمة المجتمع .

(١) أنظر فى ذلك ، بيدان — القانون الفردى والدولة . باريس ١٨٩١ . هنرى ميشيل — فكرة الدولة ، باريس ١٨٩٥ . كانت — المبادىء الميتافيزيقية للقانون ، ترجمة تيسو ص ٤٣ ، ٤٦ . وأنظر فى عرض هذا المذهب ومناقشته ، فالين — الفردية والقانون ط٢ س١٩٤٩ . روبييه — النظرية العامة للقانون ط ٢ ف ٢٦ ص ٢٣١ . دى باسكييه — المرجع السابق ف٢٣١ ص٢٢٣. مارتى ورينو ج ١ ف٢٧ ص٤٤ . دلاجرساى ولاكوست — مقدمة عامة لدراسة القانون ف٣٨ ص٢٩. كاريه Caret — قضية الفردية القانونية رسالة من تولوز١٩٣٢. لوفير — القانون الفردى والقانون الجماعى، أرشيف فلسفة القانون ١٩٣١ ص٢٧٩. راد برشت — من القانون الفردى إلى القانون الجماعى، أرشيف فلسفة القانون ٩٣١ ص٣٨٧. جونو — مبدأ سلطان الارادة، ديجون ١٩١٢. حسن كيره — المرجع السابق ف ٩١ ص ١٩٩ .

٥٩ — ولا يرتبط المذهب الفردى بفكرة العقد الاجتماعي التى تعد مجرد تبرير لشرعية السلطة فى المجتمع السياسى ، والتى محصلها أن الأفراد ولدوا أحراراً متساوين ، وبعد أن عاشوا فى مجتمع الفطرة متمتعين بحقوقهم الطبيعية غير خاضعين لسلطة تحكمهم ، انتقلوا إلى الحياة فى مجتمع سياسى تحكمه سلطة يخضعون لها ، ومثل هذه السلطة لا يمكن أن تكون شرعية الا إذا استندت إلى عقد انعقد بين أفراد المجتمع ارتضوا بمقتضاه الخضوع لتلك السلطة بعد أن كانوا أحراراً من أية سلطة ، هذا العقد هو الذى يطلق عليه العقد الاجتماعى (١) .

وليس أدل على عدم ارتباط المذهب الفردى بفكرة العقد الاجتماعى من أن من أقطاب هذا المذهب من لا يأخذ بفكرة العقد الاجتماعى بل ينتقدها . فهذا «كونت» ينتقد فكرة العقد الاجتماعى ، وهو الذى يعد من أبرز أنصار المذهب الفردى ، اذ ترتكز فلسفته على أن الذات هى شرط المعرفة وأن للانسان قيمة ذاتية مطلقة بحيث يعد غاية فى ذاته (٢). وهذا «سبنسر» لا يأخذ بفكرة العقد الاجتماعى وانما بفكرة التكوين العضوى للمجتمع وفقاً لنظريته فى النشوء والارتقاء ، وهو مع ذلك يعد من متطرفى المذهب الفردى الذين ينتصرون للفرد ويستنكرون تدخل الدولة فى النشاط الاقتصادى والعمرانى إلى حد أنه قال بأن تدخل الدولة يجلب من المساوىء والاضرار ما يجعله يفضل الفوضى رغم ما تنطوى عليه من مساوىء وأخطار (٣) .

(١) أنظر فى ذلك ، فالين — المرجع السابق ص ٩٧ ، ١٠٢. فريدمان — النظرية القانونية ص ١١٧ — ١١٨ ديلفكيو — فلسفة القانون ، ط ١٩٥٣ ص ٨٣ وما بعدها .

(٢) أنظر قبارى — الاتجاهات المعاصره فى مناهج علم الاجتماع ، بيروت ١٩٦٩ ص ٤٨٧ .

(٣) أنظر فى ذلك ، روبييه — المرجع السابق ف ٢٧ ص ٢٤٠ . مصطفى الخشاب — علم الاجتماع جـ ١ ص ٢١٧ — ٢١٨ .

٦ - كذلك ، إذا كان المذهب الفردى يبدأ مرتبطاً بفكرة القانون الطبيعى وما للانسان من حرية وحقوق طبيعية ، فان ممن ينتسبون إلى المذهب الفردى من ينتهى إلى عدم تقيد السلطة الحاكمة بمبادىء القانون الطبيعى .

فهذا هوبز يبدأ بأن القانون الطبيعى يقرر للفرد حقاً طبيعياً فى المحافظة على بقائه يتساوى فيه مع غيره من الأفراد ، وأن العقل يفرض على الفرد حفاظاً على بقائه الذى يهدده ما يسود حالة الفطرة من فوضى واقتتال (١) ، أن ينزل بمقتضى عقد اجتماعى عن كل حقوقه نزولا كاملا غير مشروط لحاكم يتولى حفظ النظام (٢) . وبذلك ينتهى هوبز إلى أن تكون سلطة الحاكم سلطة مطلقة لا يحدها القانون الطبيعى (٣) ، وانما يفرض هذا القانون احترامها بما يفرضه من احترام العقد الاجتماعى والوفاء بالعهد المقطوع للحاكم (٤) . وما دام الحاكم قادراً على الحكم وحفظ النظام ، فانه لايكون للأفراد أى حق تعاقدى أو شبه تعاقدى قبله (٥) . ومن هنا كان الاختلاف حول انتساب هوبز إلى المذهب الفردى أو المذهب الجماعى .

(١) أنظر فى ذلك ، بريمو - التيارات الكبرى لفلسفة القانون والدولة ، باريس ١٩٦٧ ص ١٠٠ - ١٠١ .

(٢) أنظر فى ذلك ، فريدمان - المرجع السابق ص ١٢١ . ديلفكيو - المرجع السابق ص ٨٤ . دى باسكييه - المرجع السابق ف ٢٢٩ ص ٢٢٢ . بريمو - المرجع السابق ص١٠٢ - ١٠٣ .

(٣) أنظر فى ذلك ، فريدمان - المرجع السابق ص ١٢٢ . حسن كيره - المرجع السابق

(٣) انظر فى ذلك ، فريدمان - المرجع السابق ص ١٢٢ . حسن كيره - المرجع السابق ص ١٣٣ .

(٤) أنظر فى ذلك ، دى باسكييه - المرجع السابق ف ٢٢٩ ص ٢٢٢ .

(٥) أنظر فى ذلك ، فريدمان - المرجع السابق ص ١٢٢ . بريمو - المرجع السابق ص ١٣٠

فبينما ينسبه البعض إلى المذهب الجماعى استناداً إلى ما ينتهى اليه ، ينسبه البعض الآخر إلى المذهب الفردى استناداً إلى ما يبدأ منه (١) .

وهذا روسو يبدأ من أن للأفراد حق طبيعى فى الحرية والمساواة ، وأنه حتى لا تتحكم القوة يفرض العقل أن ينزل الفرد عن حقوقه إلى المجموع الذى يعود فيعطيها للفرد بعد أن تتغير صفتها من حقوق طبيعية إلى حقوق مدنية (٢) . وإذا كان روسو يقصر نزول الفرد عن حقوقه للمجموع على القدر الذى يهم هذا المجموع ، فانه يترك تحديد ذلك لمطلق تقدير السلطة التى تمثل ذلك المجموع (٣) . كذلك إذا كان روسو يرى أن الفرد باطاعته لارادة المجموع انما يطيع نفسه بحيث يظل حراً كما كان ، فانه يجعل لهذه الارادة سلطة مطلقة لا يحدها أى مثل أعلى بمدعاة أنها لا يمكن أن تخطأ كما لا يمكن الا أن تكون عادلة (٤) . وبذلك ينتهى روسو إلى عدم تقييد السلطة الحاكمة بالقانون الطبيعى الذى بدأ منه .

وفى ذلك يختلف هوبز وروسو عن لوك الذى يربط بين المذهب الفردى والقانون الطبيعى من البداية إلى النهاية . فالسلطة السياسية ، التى نزل لها الأفراد بمقتضى العقد الاجتماعى عن حقوقهم بالقدر الذى يقتضيه

---

(١) أنظر فى ذلك ، بريمو – المرجع السابق ص ١٠٣ – ١٠٤ .
(٢) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو – المرجع السابق ص ١٠٦ .
(٣) أنظر فى ذلك ، دى باسكييه – المرجع السابق ف ٢٣٤ ص ٢٢٥ . حسن كيره – المرجع السابق ص ١٣٥ .
(٤) أنظر فى ذلك ، دى باسكييه – المرجع السابق ف ٢٣٤ ص ٢٢٥ . حسن كيره – المرجع السابق ص ١٣٥ – ١٣٦ .

الخير العام ، تظل مقيدة بمبادئ القانون الطبيعي كمبدأ المساواة فى تطبيق القانون ، ومبدأ العدل ، ومبدأ تحريم النصوص التعسفية (١) .

٦١ – ولقد وجد المذهب الفردى طريقه إلى التطبيق مع ثورة انجلترا عام ١٦٨٨ وثورة أمريكا عام ١٧٧٤ (٢) ، ثم أصبح المذهب الرسمى للثورة الفرنسية التى حرصت على أن تسجله فى اعلانها لحقوق الانسان (٣): هذا الاعلان الذى نص فى مادته الأولى على أن الناس جميعاً يولدون ويظلون أحراراً متساوين فى الحقوق ، كما نص فى مادته الثانية على أن هدف كل مجتمع سياسى هو المحافظة على حقوق الانسان الطبيعية الخالدة (٤).

مبادىء المذهب الفردى :

٦٢ – تنبع مبادىء المذهب الفردى من الغاية التى يحددها دعاة هذا المذهب للقانون ، والتى لا يقفون فى تحديدها عند مجرد أن الفرد لا المجتمع هو غاية النظام القانونى (٥) ، وانما يصلون إلى أن تحقيق أوسع قدر من الحرية للفرد هو ما يجب أن يعمل النظام القانونى على تحقيقه (٦) ،

---

(١) أنظر فى ذلك ، دى باسكييه – المرجع السابق ف ٢٣٢ ص ٢٢٤. – حسن كيره – المرجع السابق ص ١٣٣ – ١٣٤ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو – المرجع السابق ص ٣٧٣ .

(٣) صدر هذا الاعلان عام ١٧٨٩ ثم تضمنه دستور ١٧٩١ .

(٤) أنظر فى ذلك ، دى باسكييه – المرجع السابق ف ٢٣٥ ص ٢٢٦ .

(٥) أنظر فى عرض ذلك ، فالين – المرجع السابق ف ١٢ – ١٤ ص ٤٢ – ٤٥. مارتى ورينو ج ١ ف ٢٧ ص ٤٤ .

(٦) أنظر فى عرض ذلك ، روبييه – المرجع السابق ف ٢٥ ص ٢٣٠ . هنرى مازو – دروس فى القانون المدنى ١٩٥٤ – ١٩٥٥ ص ٢٠. دلاجرساى ولابورد لاكوست – المرجع السابق ص ١١ حيث يفرق بين الفردية والتحررية ، بين الحرية كوسيلة لتحقيق هدف أسمى وبين الحرية كغاية فى ذاتها .

فما دام كل فرد مستقل عن الآخر وما دام الأفراد متساوين لا سلطة لاحدهم على الآخر ، فان كل فرد يجب أن تكون له حريته التى لا تحدها سوى حرية غيره من الأفراد تحقيقاً للمساواة بين الأفراد التى تعد المبرر الوحيد لتقييد حريتهم . وفى هذه الحرية المتساوية يكمن خير الأفراد وصالحهم . فالفرد الحر الذى لا تحد حريته سوى حرية الآخرين أقدر على تحقيق ما هو صالح وخير .

٦٣ — ولهذا يجب أن يقوم النظام القانونى الفردى على مبدأين أساسين هما الحرية والمساواة ، وذلك سواء فيما يتعلق بتنظيمه لنشاط الدولة وعلاقتها بالأفراد أو فيما يتعلق بنشاط الأفراد وعلاقاتهم ببعضهم ، وسواء فيما يتعلق بتنظيم العلاقات السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو المدنية .

٦٤ — ففيما يتعلق بشاط الدولة وعلاقاتها بالأفراد ، يقوم التنظيم القانونى الفردى النزعة على أساس أن وظيفة الدولة الأساسية هى حماية حقوق الأفراد بقمع الاعتداء عليها والفصل فيما يقوم حولها من منازعات (١). وإذا كان يمكن أن تقوم الدولة بنشاط آخر ادارى محدود ، فليس لها أن تقوم بأى نشاط اقتصادى لأن هذا النشاط يجب أن يترك للأفراد والمبادرة الفردية (٢) . كذلك يقوم النظام القانونى الفردى على أساس اطلاق الحريات السياسية للأفراد (٣) وتحريرهم من أية جماعة تتوسط

(١) أنظر فى ذلك ، محمد كامل ليلة — مبادىء القانون الادارى ص ١٤٥ .

(٢) أنظر فى ذلك ، دلاجرساى ولاكوست — المرجع السابق ف ٤٠ ص ٣١ .

مارتى ورينو — المرجع السابق ج ١ ف ٢٧ ص ٤٤ .

(٣) أنظر فى ذلك ، دلاجرساى ولاكوست — المرجع السابق ف ٤٠ ص ٣١ .

بينهم وبين الدولة كما كان الحال فى ظل نظام الطوائف الذى قام المذهب الفردى لتحرير الأفراد منه (١) .

٦٥ — وفيما يتعلق بنشاط الأفراد وعلاقاتهم ببعضهم ، يقوم التنظيم القانونى الفردى النزعة على أساس مبدأ الحرية ومبدأ المساواة . فالنشاط الاقتصادى للأفراد يحكمه مبدأ حرية التجارة والصناعة الذى تتفرع عنه قاعدة حرية المنافسة المشروعة ومنع التكتلات الاقتصادية غير المشروعة (٢). والتزامات الأفراد تستند ، إما إلى الارادة لأنها تقييد حرية صاحبها ، وإما إلى الخطأ لأنه خروج عن حدود الحرية (٣) . وعقود الأفراد يحكمها مبدأ حرية التعاقد ومبدأ سلطان الارادة . فالأصل أن الارادة حرة فى أن تتعاقد أو لا تتعاقد ، كما أنها حرة فى تحديد شروط التعاقد وليس للمشرع أن يتدخل فى ذلك لأن أطراف العقد أقدر على ذلك . والأصل أن ارادة الطرفين لها سلطانها الذى يضفى على العقد قوة ملزمة تجعله شريعة المتعاقدين التى لا يجوز لايهما أو للقاضى تعديلها (٤) . والملكية الفردية تخول للمالك سلطات تكاد معها أن تكون حقاً مطلقاً . كما تتمتع بحماية من الغير ومن الدولة تكاد معها أن تكون حقاً مقدساً (٥) .

---

(١) أنظر فى ذلك ، مارتى ورينو — المرجع السابق ج ١ ف ٢٧ ص ٤٤ .

(٢) أنظر فى ذلك ، روبييه — المرجع السابق ف ٢٦ ص ٢٣٦ .

(٣) أنظر فى ذلك ، مارتى ورينو — المرجع السابق ج ١ ف ٢٧ ص ٤٤ .

(٤) أنظر فى ذلك ، جونو — مبدأ سلطان الاداره ، ديجون ١٩١٢ ص ٦٢ — ٦٣. روبييه — المرجع السابق ف ٢٦ ص٢٣٥ — ٢٣٦. مارتى ورينو — المرجع السابق ج ١ ف ٢٧ ص ٤٥ .

(٥) أنظر فى ذلك ، دلاجرساى ولاكوست — المرجع السابق ف ٤٠ ص٣١ . مارتى ورينو المرجع السابق ج ١ ف ٢٧ ص ٤٥ .

نقد المذهب الفردى :

٦٦ — وبقدر ما ساد المذهب الفردى والتف حوله المعتنقون بقدر ما انتكس بعد ذلك واجتمع عليه الناقدون (١) ، والواقع أنه بقدر ما كان للمذهب الفردى من فضل تحرير الفرد من استبداد الحكم المطلق وسيطرة رجال الكهنوت واغلال نظام الاقطاع وتحكم نظام الطوائف (٢) ، بقدر ما يؤخذ عليه من مآخذ وما يسأل عنه من مساوىء

٦٧ — (فأولا) ، يؤخذ على المذهب الفردى أنه بدأ من مقدمة غير صحيحة قادته إلى ما وقع فيه من تطرف وهى أن الفرد كائن مستقل عن غيره من الأفراد . ولكن الواقع أن هذا الاستقلال ينفيه ما سبق أن تحققنا منه من أن الاجتماع الانسانى ضرورى للانسان (٣) . فلابد للفرد من أن يعيش مع غيره من الأفراد يكمل بعضهم بعضاً ويعتمد بعضهم على بعض . ولو أن الفرد كائن مستقل حقاً لامكنه أن يعيش مستقلا . ولقد رأينا من قبل أنه حتى فى عهد الفطرة لم يعش الفرد منفرداً وانما فى مجتمع فطرى سابق على مجتمع الدولة السياسى (٤) . كذلك رأينا من قبل أن المجتمع هو الذى ينمى فى الانسان مظاهر انسانيته ويكون شخصيته (٥) . ولهذا فان المجتمع لا يكون مجرد ابتكار مصطنع أو محض وسيلة لحماية حقوق الفرد ،

---

(١) أنظر فى ذلك ، روبييه — المرجع السابق ف ٢٦ ص ٢٣٧ . ودلاجرساى ولاكوست المرجع السابق ف ٤١ ص ٣١ . حسن كيره — المرجع السابق ف ٩٢ ص ٢٠٢ .

(٢) أنظر فى ذلك ، دلاجرساى ولابورد لاكوست — المرجع السابق ف ٤١ ص ٣٢ . حسن كيره — المرجع السابق ف ٩٢ ص ٢٠٢ .

(٣) أنظر ماتقدم ف ٦ — ١١ .

(٤) أنظر ماتقدم ف ٢١ .

(٥) أنظر ما تقدم ف ١١ .

وانما هو حقيقة طبيعية . وإذا كانت للانسان حقوق قبل المجتمع ، فان هذه الحقوق لابد وأن تقابلها حقوق للمجتمع قبل الفرد . فكما أن للانسان مصالحه التى يحق له أن يطالب المجتمع بحمايتها ، فان للمجتمع أيضاً مصالحه التى يحق له أن يطالب الفرد باحترامها . وهذا ما أغفله المذهب الفردى نتيجة لتجاهله حقيقة المجتمع .

٦٨– (وثانياً) ، يؤخذ على المذهب الفردى أن ما يدعيه من أن الأفراد متساوون بحيث يستطيع كل منهم أن يرعى مصالحه مخالف للواقع مخالف للطبيعة . فاذا كان جوهر الانسان واحد ، فان قدرات الانسان وقواه وصفاته ليست واحدة وانما تتفاوت من انسان إلى انسان . فالعامل لا يستوى بصاحب العمل ، والتاجر الصغير لا يستوى بالتاجر الكبير ، والمحتكر لا يستوى بمن يحتاج إلى خدماته . ولهذا فان من المغالطة الزعم بأن الأفراد متساوون ، بحيث يستطيع كل منهم أن يرعى مصالحه ، وبحيث يجب أن تترك لهم حرية تحديد علاقاتهم دون تدخل من القانون . ولقد أدت هذه المغالطة إلى مساوىء بالغة . فباسم الحرية والمساواة استغل الانسان الانسان وتحكم القوى فى الضعيف . فقامت الاحتكارات القوية التى تقضى على المنافسة الحقيقية ، وحل استبداد الرأسمالية بل فاق ما كان من استبداد الحكم المطلق والاقطاع والطوائف . كذلك سادت عقود الاذعان وتفشت الشروط المجحفة التى يفرضها الطرف القوى فى التعاقد ولا يقبل مناقشة فيها (١) .

---

(١) أنظر فى ذلك ، حسن كيره – المرجع السابق ف ٩٢ ص ٢٠٢ وما بعدها . دلاجرساى ولا كوست – المرجع السابق ف ٤٢ ص ٣٤ . روبييه – المرجع السابق ف ٢٦ ص ٢٣٨ .

٦٩ — (وثالثاً)، يؤخذ على المذهب الفردى، أنه لم يبصر الا بشق من نوعى الحرية وأغفل الشق الآخر رغم توقفه عليه وعدم امكان قيامه بدونه. فللحرية شقان: الأول هو «الحرية فى» التى يقصد بها حرية الارادة فى أن تتجه الوجهة التى تختارها، والثانى هو «الحرية من» التى يقصد بها الحرية من كل ما يحد من اختيار الانسان وبالتالى يحد من حرية ارادته فى الاختيار (١). ولما كان المذهب الفردى لم يكفل للأفراد ذلك الشق الثانى من الحرية ولم يحمهم من الضغط الذى يتعرضون له بسبب تفاوت القوى، فان حرية الارادة التى قررها لهم تكون حرية نظرية غير مجدية.

٧٠ — (ورابعاً)، يؤخذ على المذهب الفردى، انكاره للجماعات التى تتوسط بين الفرد والمجتمع بالرغم من أنها حقيقة اجتماعية. وإذا كان ذلك المذهب لم يستطع أن يتجاهل الأسرة، فانه أضعفها إلى حد بعيد (٢). ولقد وصل المذهب الفردى بموقفه من الجماعات إلى عكس ما كان يريد أن يصل اليه. ذلك أنه كان يريد تفادى ما أدى اليه نظام الطوائف الفاسد من اضعاف للفرد، فاذا به ينتهى إلى اضعافه. فاذا كان نظام الطوائف قد أضعف الفرد، فان ذلك راجع إلى فساد هذا النظام وليس إلى أن انتماء الفرد إلى جماعة تتوسط بينه وبين المجتمع من شأنه أن يضعف

---

(١) أنظر فى ذلك، فولر — تحليل مقترح الحرية — مجلة هارفادر القانونية س ٦٨ ص ١٣٠٩ وما بعدها.

(٢) أنظر فى ذلك، دلاجرساى ولا كوست — المرجع السابق فد ٤٢ ص ٣٤. مارقه وريتو — المرجع السابق ف ٢٧ ص ٤٤.

الفرد . فالواقع أن هذا الانتماء يقوى الفرد ولا يضعفه . وليس أدل على ذلك مما يكتسبه العامل من قوة بانتمائه إلى نقابة عمالية .

لذلك كله انتكس المذهب الفردى وقام مذهب آخر يعارضه هو المذهب الجماعى أو العضوى .

المطلب الثانى

المذهب الجماعى
أو
العضوى

محوره :

٧١ — تلتقى عدة مذاهب حول أن المجتمع كما يذهب بعضها ، أو الدولة كما يذهب بعضها الآخر ، يعد كائناً جماعياً « être Collectif » ومركباً عضوياً « organisme » ، يرتبط به أفراده ارتباط الأجزاء بالكل الذى يشملها والذى فيه تتجسد ومن أجله تعمل . وتصل هذه المذاهب من ذلك إلى أن المجتمع أو الدولة يعد غاية فى ذاته ويعلو على أفراده الذين يستمدون قيمتهم الحقيقية من عضويتهم فيه وشموله لهم .

ومن حيث أن هذه المذاهب ترى فى المجتمع أو الدولة كائناً جماعياً تسمو جماعيته على ذاتية أفراده ، فانها تعد لذلك مذاهب جماعية (١) .

---

(١) يطلق البعض على هذه المذاهب أنها مذاهب اشتراكية الدولة Socialisme d'Etat ويعرضون لها تحت عنوان L'étatisme (روبيه — المرجع السابق ف٢٧ ص ٢٤٠) . وهذا مايؤخذعليه مأخذين. الأول، أن تلك المذاهب أبعد ماتكون عن الاشتراكية . والثانى أن من تلك المذاهب مايضعف فكرة الدولة ويحل محلها فكرة الشعب والمجتمع العنصرى كما هو الشأن فى المذهب النازى .

كذلك يطلق البعض على هذه المذاهب أنها مذاهب اجتماعية أو اشتراكية Socialiste =

ومن حيث أن هذه المذاهب ترى فى المجتمع أو الدولة مركباً عضوياً تعلو عضويته على فردية اعضائه ، فانها تعد لذلك مذاهب عضوية .

٧٢ — وإذا كان يصدق على تلك المذاهب التى تلتقى حول النظر إلى المجتمع أو الدولة ككائن جماعى عضوى أنها مذاهب جماعية كما يصدق عليها أنها مذاهب عضوية ، فالواقع أنه يجب أن نضع فى اعتبارنا أمرين :

الأول ، أن ذلك لا يصدق على المذاهب التى ترى فى المجتمع كائنا شبه عضوى ، والتى يطلق عليها المذاهب شبه أو فوق العضوية « Super organic » . فمجرد تشبيه المجتمع بالكائن العضوى يدع مجالا لوجود أوجه اختلاف بينهما يمكن أن تصل بهذه المذاهب إلى ما تصل اليه المذاهب الفردية بحيث تعد منها لا من المذاهب الجماعية .

والثانى ، أن ذلك يصدق على المذاهب التى ترى فى المجتمع كائناً عضوياً لأن الكائن العضوى بطبيعته كائن كلى أو جماعى . فالكلية أو الجماعية من مقومات الكائن العضوى الذى يتكون من اتحاد أجزاء فردية تسهم بما تقوم به من وظائف متميزة ونشاط مشترك فى المحافظة على حياة الكل (١) . وهذا المفهوم للكائن العضوى هو الذى أوحى بالنظر إلى المجتمع كمركب عضوى ، وهو الذى يستتبع النظر اليه ككائن جماعى . ولهذه

= وهذا مايؤخذ عليه مأخذين . الأول أن هذه المذاهب تختلف اختلافاً جذرياً عن المذاهب الاشتراكية بحيث لا يجوز أن توصف بذات الصفة . والثانى ، أن وصف هذه المذاهب بأنها مذاهب اجتماعية يؤدى إلى الخلط بينها وبين المذاهب التى تقيم القانون على أساس اجتماعى ، والتى لايمكن أن توصف إلا بأنها مذاهب اجتماعية لعدم وجود مقابل عربى لما يطلق عليها فى فرنسا من أنها مذاهب Sociologiques

(١) أنظر فى ذلك . ديلفكيو — فلسفة القانون ص ٣٤٨ — ٣٤٩ .

فان دراسة التصوير العضوى للمجتمع تجمع بين أن تكون دراسة للنزعة العضوية والنزعة الجماعية .

جذوره :

٧٣ — ليست المذاهب العضوية الجماعية بالمذاهب الحديثة . فالتصوير العضوى الجماعى للمجتمع من القدم بحيث نجد له جذوراً قديمة وارهاصات بعيدة يمكن أن نرتد بها إلى أفلاطون وأرسطو .

٧٤ — فأما أفلاطون ، فيشبه مدينته الفاضلة بالانسان (١) ، بل يقول أنها «انسان أكبر» (٢) . فهو يرى فيها وحدة حية مكونة من أجزاء كما يتكون جسم الانسان من اعضاء . وكل جزء من أجزائها يؤدى وظيفة خاصة كما تختلف أعضاء الجسم الانسانى فى أداء وظيفتها . وترتبط تلك الأجزاء ببعضها ارتباطاً وثيقا وتجتمع كلها فى مركز واحد وتسعى إلى غايات مشتركة شأنها فى ذلك شأن أجزاء جسم الانسان . ووظائف الدولة الثلاث ، وهى الانتاج والدفاع والادارة ، تقابل قوى النفس الانسانية الثلاث ، وهى القوة الشهوانية والقوة الغضبية والقوة الناطقة (٣).

ويطلق أفلاطون سلطة الدولة بغير حدود ، ولا يترك شيئاً لحرية المواطنين ، كما لايعترف لهم بأية حقوق ذاتية (٤) . وهو يصل إلى التضحية كلية بالعنصر الفردى من أجل العنصر الاجتماعى أو السياسى (٥) ،

(١) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب — علم الاجتماع ومدارسه ك ص ٢٦ .
(٢) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو — المرجع السابق ص ٣٩٤ .
(٣) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب — المرجع السابق ص ٢٦ — ٢٧ .
(٤) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو — المرجع السابق ص ٤٢ .
(٥) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو — المرجع السابق ص ٤٣ ، وان كان أفلاطون فى كتابة «الشرائع» يبدو أكثر احتراماً للشخصية الفردية ، أنظر نفس المرجع ص ٤٤ .

ويعتبر المصلحة الخاصة ثانوية بالنسبة للمصلحة العامة (١)، وان كان يجعل غاية الدولة اسعاد الجميع (٢).

٧٥ — وأما ارسطو فيرى أن الدولة ليست مجرد مجموعة من الأفراد وانما وحدة عضوية ترتبط اجزاؤها ارتباطاً وثيقاً (٣) . وإذا كانت الدولة أو المدينة تتكون من عدة قرى ، وهذه بدورها تتكون من عدة أسر ، فان هذه القرى والأسر لا تتراكم تراكم الاجزاء المادية وانما يتحد بعضها مع بعض كما يتحد الجسم العضوى . كذلك إذا كان الفرد هو أول حقيقة فى بناء المجتمع الانسانى ، فانه يذوب فى الدولة التى تعد نسيجاً ملتئماً الأفراد خيوطه ، فالدولة هى التى تعطى الفرد وجوده الحقيقى ، لأن الانسان الفرد فى الكون ليس له وجود . وكما أن جميع اعضاء الجسم تتضافر فى تأدية وظائفها حرصاً على سلامة البدن وابقاء على حياته وكيانه ، فكذلك الأفراد فى المجتمع يتضافرون للابقاء عليه . وإذا كان لكل فرد حياته الخاصة وأسلوبه فى التفكير والعمل ، فانه لا يستطيع أن يختار الا ما ينسجم مع الاتجاه العام للمجتمع ، بحيث لا يتعارض أسلوبه مع أسلوب الدولة ولا يقوم بوظيفة الا إذا كانت تحقق غرضاً يتفق مع مصلحة الدولة وغاياتها العليا . وفى كل فرد يمكن أن نميز بين شخصيتين :

---

(١) أنظر فى ذلك ، ثروت أنيس الاسيوطى — نمو وتطور المذاهب الفلسفية ، مجلة القانون والاقتصاد س ٣٢ع ٤ ف ١٣٥ ص ٤٥٣ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو — المرجع السابق ص ٤٢ . وأنظر أيضاً ، ثروت أنيس — المرجع السابق حيث نقل عن جمهورية افلاطون ف ٤٦٦ ، ٥١٩ أن غاية التشريع هى خير الجماعة ككل .

(٣) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو — المرجع السابق ص ٤٥ . مصطفى الخشاب — المرجع السابق ص ٤٠ .

شخصية فردية هو بها ما هو ، وشخصية جمعية هو بها ما هو عضو فى المجتمع (١) .

ويعلى أرسطو الدولة على الأفراد (٢) . فالدولة تسبق أفرادها منطقياً كما يسبق الكائن العضوى أجزاءه . وكما أنه لا يمكن أن نتصور يداً حية منفصلة عن الجسم ، فكذلك لا يمكن أن نتصور الفرد بدون الدولة (٣) . ولهذا فان الأفراد ليسوا لأنفسهم وانما لدولتهم (٤) ، كما أن خير الدولة يعلو على خير الفرد (٥) . الا أنه يجب ألا نغفل أن أرسطو يرى أن غاية الدولة سعادة الجميع (٦) ، كما أنه يرى اشراك المحكومين فى ادارة المدينة كشرط للتوفيق بين النظام والحرية (٧) ، كذلك يجب ألا نغفل نظرية أرسطو فى الموازنة الفردية والاجتماعية ، وما يراه من أن السعادة فى التوسط والاعتدال (٨) .

صوره :

٧٦ — للتصوير العضوى للمجتمع صور متعددة يختلف مفهوم

---

(١) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب — المرجع السابق ص ٣٩ — ٤٠ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو — المرجع السابق ص ٣٤٩ .

(٣) ، (٤) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو — المرجع السابق ص ٤٦ .

(٥) أنظر فى ذلك ، بريمو — الاتجاهات الكبرى لفلسفة القانون والدولة ، باريس ١٩٦٧ ص ٢٤ .

(٦) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب — المرجع السابق ص٤٠ . ديلفكيو — المرجع السابق ص٤٥ . أنظر أيضاً ، ثروت أنيس — المرجع السابق ف ١٣٦ ص٤٥٣ وهو إذا كان قد انتهى إلى أن غاية القانون سعاده المجتمع لا الفرد ، فانه قبل ذلك نقل عن أرسطو أن القوانين فى اعدادها من أجل جميع الأشخاص تسعى إلى النفع المشترك .

(٧) أنظر فى ذلك ، بريمو — المرجع السابق ص ٢٤ .

(٨) أنظر فى ذلك ، بريمو — المرجع السابق ص ٢٥ .

العضوية وأساسها وأبعادها فى كل منها عنه فى الآخر . ولهذا تعددت المذاهب العضوية الجماعية واختلفت باختلاف المفهوم الذى تعطيه للعضوية الاجتماعية والأساس الذى تقيم عليه هذه العضوية والأبعاد التى تصل اليها : فهى فى مذهب عضوية حيوية ، وفى مذهب عضوية روحية ، ولهذا ينبغى أن نعرض لهاتين الصورتين من صور العضوية .

§ ١ ـ العضوية الحيوية

المذهب البيولوجى (١)

عرض المذهب :

٧٧ ـ تحت تأثير النزعة العلمية ، التى غزت الدراسات الاجتماعية ، والتى أرادت أن تخضع الظواهر الاجتماعية للقوانين العملية ، ظهر بين مذاهب علم الاجتماع مذهب حيوى أو بيولوجى يفسر المجتمع ويحدد طبيعته بالرجوع إلى القوانين البيولوجية ومبادىء علم الحياة باعتبار أن

---

(١) أنظر فى عرض المذهب الحيوى : مصطفى الخشاب ـ علم الاجتماع ومدارسه ك ١ ص١٦١ ـ ١٨٥ ، ك ٢ ص٩٠ ـ ٩٣ ، ك ٣ ص٢٧ ـ ٣٠ ص١٠٠ـ١١٥ . ماكيفر وبيج ـ المجتمع ، ترجمة الدكتور على أحمد عيسى ط ٢ القاهره ١٩٦١ ص ٩٠ ـ ٩٣ ، ٩٩ ـ ١٠٣.

Friedmann — Legal theory. London 1967, p. 225. Del vecchio — Philosophie du droit, Paris 1953, p. 192, 348. Roubier — Théorie générale du droit, 2é éd. 1951 p.158. Coker — Organismic théories of the state, New York 1910. Sorokin — Contemporary sociological théories, New York 1928 p. 200. Sociocultural dynamics and evolutionism, in twentieth ceutury sociology, New York 1945 p. p. 96 - 120.

المجتمع مركب عضوى حيوى يماثل الكائن الحى ويعد مظهراً من مظاهر الحياة ويسير وفقاً للقوانين التى تسير عليها هذه الظواهر (١) .

وهذا ما ذهب اليه كثير من المفكرين . ذهب اليه فى انجلترا سبنسر ، وفى روسيا ليلنفيلد ، وفى المانيا شافل وشبنجلر ، وفى فرنسا اسبيناس وورمس وجيلون (٢) .

٧٨ — ويرتكز هذا المذهب على وجود تماثل بين المجتمع والكائن الحى ، سواء من حيث التركيب الداخلى والوظائف ووحدة الاجزاء ، أو من حيث النشأة والنمو والنضوج والاضمحلال (٣) .

فمن حيث التركيب الداخلى والوظائف يرى من يذهبون هذا المذهب أن المجتمع كالكائن الحى يتكون من خلايا واعضاء لكل منها وظيفتها : فالفرد فى المجتمع يقابل الخلية فى الجسم الحى ، والطبقات الاجتماعية تقابل اعضاء ذلك الجسم ، ووظائف الأجهزة الاجتماعية تقابل الوظائف

---

(١) أنظر فى ذلك ، فريدمان — المرجع السابق ص ٢٢٥ . مصطفى الخشاب — المرجع السابق ك ٢ ص ٢٧ .

(٢) Spencer — Principles of biology, Principles of sociology, Study of sociology. Lilienfeld — La société humaine comme organisme réel. Scaffle — Structure et vie du corps social. Spengler — The decline of the west. Espinas — Les sociétés animales. Organisme et société. Kjellon — L'état comme être vitale.

(٣) أنظر فى ذلك ، ماكيفر وبيج — المرجع السابق ص ٩٠ . مصطفى الخشاب — المرجع السابق ك ٣ ص ٢٧ .

الحيوية . فنظام التغذية يقابله فى المجتمع نظام الانتاج وتقوم بوظيفته الطبقات المنتجة . ونظام الدورة الدموية يقابله فى المجتمع نظام التوزيع وتقوم الثروة بوظيفة القلب الذى يوزع الحياة ويدفع الدم فى الشرايين . والجهاز الهضمى والاخراجى يقابله فى المجتمع نظام الاستهلاك . والجهاز العصبى يقابله فى المجتمع الجهاز التنظيمى ونظام الحكم والادارة الذى تقوم فيه الحكومة بدور المخ أو الرأس(١) .

ومن حيث النشأة والنمو والنضوج والاضمحلال يرى من يذهبون ذلك المذهب أن المجتمع يحكمه قانون الأطوار الثلاثة الذى يخضع له الكائن الحى ، وهى طور الطفولة وطور النضج وطور الشيخوخة(٢) . وفى ذلك يخضع المجتمع لقانون التطور العضوى وقانون تنازع البقاء وقانون الوراثة(٣). فطبقاً لقانون النشوء والارتقاء ينتقل المجتمع من التجانس إلى التباين الذى يسير جنباً إلى جنب مع التكامل والتضامن واعتماد الاجزاء والوظائف بعضها على بعض(٤) . وطبقاً لقانون تنازع البقاء يكون البقاء فى المجتمع للأصلح ويعد الصراع فى المجتمع وبين المجتمعات نشاطاً مألوفاً(٥) .

---

(١) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب – المرجع السابق ٣ ص ٢٧ ، ك ٢ ص ٩٠ ، ك ١ ص١٧٠ فريدمان – المرجع السابق ص٢٢٥ . روبييه – المرجع السابق ص ١٥٨ . ديلفكيو – المرجع السابق ص ١٩٤ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ماكيفر وبيج – المرجع السابق ص٩٠ . مصطفى الخشاب –المرجع السابق ك ٢ ص ٩٠ .

(٣) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب – المرجع السابق ك ٣ ص ٢٧ .

(٤) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب – المرجع السابق ك ٢ ص ١٠٢ – ١٠٣ .

(٥) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو – المرجع السابق ص ١٩٥ . مصطفى الخشاب – المرجع السابق ك ٣ ص ١٠٧ .

وطبقاً لقانون الوراثة كما توجد وراثة بيولوجية توجد وراثة اجتماعية (١) هي أساس الشعور بالواجب الاجتماعي (٢) .

٧٩ — الا أن من يذهبون هذا المذهب ، يختلفون في مدى ما يصل اليه التماثل بين المجتمع والكائن الحي . فمنهم من يصل إلى حد وجود تماثل مطلق بينهما ، ومنهم من يقف عند وجود تماثل نسبي بينهما .

فأما من يصلون إلى حد وجود تماثل مطلق بين المجتمع والكائن الحي ، فلا يقفون عند مجرد تشبيه المجتمع بالكائن الحي وانما يرون في المجتمع كائناً حياً . وبذلك تجاوزوا حدود التشابه إلى التطابق . وهذا ما وصل اليه شافل الذي أغرق في المماثلات المجازية والتشبيهات الاستعارية والمطابقات التعسفية(٣) .

وأما من يقفون عند وجود تماثل نسبي بين المجتمع والكائن الحي ، فيقتصرون على تشبيه المجتمع بالكائن الحي وابراز ما بينهما من أوجه تماثل وأوجه تباين . وهذا ما ذهب اليه سبنسر ، الذي يعد رائد المذهب الحيوي والذي تطرف هذا المذهب من بعده (٤) . فهو ، كما أبرز أوجه التشابه بين المجتمع والكائن الحي ، أبرز أيضاً أوجه اختلاف متعددة بينهما . من ذلك :

---

(١) أنظر في ذلك ، مصطفى الخشاب ك ٢ ص ص ٩٠ .

(٢) أنظر في ذلك ، فريدمان — المرجع السابق ص ٢٢٦ .

(٣) أنظر في ذلك ، ديلفكيو — المرجع السابق ص ٣٥٠ . روبييه — المرجع السابق ص ١٥٨ .

(٤) أنظر في ذلك ، ديلفكيو — المرجع السابق ص ١٩٤ ، ٣٥٠ . مصطفى الخشاب — المرجع السابق ك ٣ ص ١٠٤ ، ١٠٦ — ١٠٧ ، ماكيفروبيج — المرجع السابق ص ١٠٠ .

(أولا) أن جزئيات الكائن الحى تكون كلا متماسكاً محسوساً ترتبط خلاياه الحسية ببعضها ارتباطاً وثيقاً ، أما المركب الاجتماعى فعناصره منفصلة متمايزة لا تكون كلا محسوسا كما أن خلاياه حرة طليقة وموزعة مشتتة (١).

(ثانياً) أن التباين فى الكائن الحى يصل إلى حد أن التفكير يتركز فى جزء منه هو العقل الذى يعد وحده قاعدة التفكير ، أما فى المركب الاجتماعى فان التباين لا يصل إلى ذلك وانما يعد كل فرد من أفراده عضواً مفكراً له المساهمة فى توجيه المجتمع (٢).

(ثالثاً) ان الخلايا فى الجسم الحى تعمل لخير الكل ، أما فى المجتمع فان الكل يعمل لصالح عناصره (٣) ، أى الأفراد الذين تكون لهم قيمة وحياة خاصة ويعدون غاية فى ذاتهم وليسوا مجرد أداة بالنسبة للكل (٤).

٨٠ — وينبنى على ذلك الاختلاف فى تحديد مدى ما يصل إلى التماثل بين المجتمع والكائن الحى اختلاف حاد فى النتائج التى تترتب على هذا التماثل ، وخاصة بالنسبة لعلاقة الفرد بالمجتمع أو الدولة وموقف القانون منهما :

---

(١) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب — المرجع السابق ك ٣ ص ١٠٦ — ١٠٧. ديلفكيو — المرجع السابق ص ١٩٤ . روبييه — المرجع السابق ص ١٥٩ .

(٢) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب — المرجع السابق ك ٣ ص ١٠٤ ، ١٠٧ ماكيفر وبيج — المرجع السابق ص ١٠٠ حيث جاء أن سبنسر أشار إلى أن المجتمع يفتقر إلى «دماغ» مركز للحس .

(٣) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب — المرجع السابق ك ٣ ص ١٠٧ .

(٤) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو — المرجع السابق ص ١٩٤ . روبييه — المرجع السابق ص ١٥٩ .

فالتماثل المطلق بين المجتمع والكائن الحى يستتبع أن تكون علاقة الفرد بالمجتمع أو الدولة مطابقة للعلاقة بين الخلايا والكائن الحى . فكما أن قيمة الكائن الحى تتجاوز قيمة اعضائه التى تتحدد بما يؤدونه له من وظائف ، فكذلك تتجاوز قيمة المجتمع قيمة أفراده التى تتحدد بما يحققونه له من نفع . وكما أن الكائن الحى لا يوجد من أجل خلاياه وانما توجد خلاياه من أجله ، فكذلك لا يوجد المجتمع من أجل أفراده وانما يوجد الأفراد من أجل المجتمع . وهذا ما يكمن وراء قول جيلون ان الدولة قوة ذاتية تحى انفسها وتسعى لأغراض مستقلة عن أغراض أفرادها (١) .

أما التماثل النسبى بين المجتمع والكائن الحى فيستتبع أن تكون علاقتهما بأعضائهما متماثلة بقدر ما بينهما من أوجه التشابه ومتغايرة بقدر ما بينهما من أوجه الاختلاف .

فمن حيث أن المجتمع يشبه الكائن الحى فى نشأته وتطوره البيولوجى ، كما يشبهه فى تركيبه ووظائفه الحيوية ، فان الحياة الاجتماعية تقوم على أسس بيولوجية ، سواء فى ذلك نشاط الأفراد أو الأخلاق أو الواجب الاجتماعى . فغاية النشاط البشرى غاية نفعية حددها سبنسر بالمواءمة البيولوجية المتطورة بين حالة الفرد والوسط الذى يعيش فيه . وعلة الأخلاق هى تصحيح أنانية الأفراد عن طريق تلك المواءمة البيولوجية . والشعور بالحق والواجب الاجتماعى انما يتولد عن التجارب التى مر بها الجنس لتحقيق تلك المواءمة البيولوجية . هذه التجارب التى تنتقل طبقاً لمبدأ الوراثة البيولوجى من جيل

---

(١) أنظر فى ذلك ، جيلون – الدولة كشكل حيوى ، أشار اليه مصطفى الخشاب – المرجع السابق س ٣٠ .

إلى جيل ، والتى تتحول فى الجيل الذى تنتقل اليه إلى غريزة الواجب والأخلاق والعدل (١) .

ومن حيث أن المجتمع يختلف عن الكائن الحى فى أن عناصر المركب الاجتماعى حرة طليقة وليست ملتصقة متشابكة كخلايا الجسم الحى ، كما يختلف عنه فى أنه فى المجتمع يعمل الكل لصالح عناصره بينما فى الجسم الحى تعمل الخلايا لخير الكل (٢) ، فانه ينبنى على هذا الاختلاف مبدأ حرية الفرد ، ووجوب عدم تدخل الدولة بين الأفراد (٣) . وهذا ما يفسر لنا موقف سبنسر من الفرد والدولة .

فمن ناحية ، يرى سبنسر أن الأفراد يجب أن يتركوا أحراراً يقومون بأعمالهم وفق قدراتهم الخاصة ويتصارعون فى معترك الحياة دون تدخل من الدولة يغير من السير الطبيعى للتطور ، الذى يحقق التقدم والارتقاء ، والذى يحكمه قانون تنازع البقاء وقانون البقاء للأصلح وقانون الانتخاب الطبيعى . فالحياة تمثل صراعاً لتأكيد الوجود الذاتى والعمل على بقائه ، وهذا الصراع يحقق التقدم والارتقاء إذ يبقى العنصر الصالح وينقرض العنصر غير الصالح . ويصل سبنسر إلى حد القول بأن تدخل الدولة يجلب من المساوىء والأضرار ما يجعله يفضل النظام الفوضوى رغم ما ينطوى عليه من مساوىء وأخطار (٤) .

---

(١) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو – المرجع السابق ص ١٩٥ .

(٢) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب – المرجع السابق ك ٣ ص ١٠٦ – ١٠٧ ديلفكيو – المرجع السابق ص ١٩٤ .

(٣) أنظر فى ذلك ، فريدمان – المرجع السابق ص٢٢٧ . ديلفيكيو – المرجع السابق حيث جاء إن مبدأ القانون عند سبنسر هو «لكل أن يفعل مايريد مادام لايعتدى على حرية سواه» .

(٤) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب –المر السابقجع ك ٢ ص ١٧٩ .

ومن ناحية أخرى ، يرى سبنسر أن الدولة حدث عرضى وشر لابد منه لحماية الأفراد من الأخطار الداخلية والخارجية حتى يكتمل نمو المجتمع ويتم له التنظيم الضرورى . فليس بصحيح أن سعادة الأفراد مرتبطة بوجود الدولة ، وانما بالنمو الاخلاقى والتنظيمى . وإلى أن يتم هذا النمو فان وظيفة الدولة يجب أن تقتصر على ما يسمى بالوظائف الأصلية أو الطبيعية التى تتحصل فى الحماية من خطر الغزو الخارجى وتحقيق الأمن الداخلى وضمان الوفاء بالعقود والالتزامات . فاذا ما تحقق ذلك النمو فان المجتمع لا يجد ضرورة للابقاء على الدولة التى لا محالة صائرة إلى القضاء على نفسها بحكم التطور الأخلاقى والتكامل السياسى (١) .

ولهذا يعد سبنسر من أنصار المذهب الفردى (٢) لا المذهب الجماعى ، وذلك بالرغم من أنه يرى فى المجتمع كائناً شبه عضوى ، وبالرغم من أن نظريته نظرية شبه أو فوق عضوية .

وهذا ما يؤكد ما سبق أن أبرزناه من أن المذاهب العضوية التى ترى فى المجتمع كائناً عضوياً هى التى يصدق عليها أنها مذاهب جماعية ، أما المذاهب شبه العضوية التى ترى فى المجتمع مركباً شبه عضوى فقد لا يصدق عليها أنها مذاهب جماعية وانما مذاهب فردية(٣) .

(١) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب – المرجع السابق ك ا ص ١٧٨ – ١٧٩ .
فريدمان – المرجع السابق ص ٢٢٧ . ديلفكيو – المرجع السابق ص ١٩٩ – ٢٠٠ .

(٣) أنظر فى ذلك ، روبييه – المرجع السابق ف ٢٧ ص٢٤٠ . فريدمان–المرجع السابق ص ٢٢٦ . ديلفكيو – المرجع السابق ص١٩٩ . ماكيفروبيج–المرجع السابق ﻫ ١ ص ١٠٠

(٣) أنظر ماتقدم ف ٧٢ .

نقد المذهب :

٨١ ـــ تعرض المذهب الحيوى ، الذى يصور العضوية الاجتماعية تصويراً بيولوجياً ، لنقد جارف ، سواء فيما بدأ منه أو فيما انتهى اليه ، وسواء فى صورته المطلقة التى تصل إلى حد المطابقة بين المجتمع والجسم الحى أو فى صورته النسبية التى تقف عند تشبيه المجتمع بالجسم الحى مع التسليم بوجود أوجه اختلاف بينهما . ولقد بلغ من قوة هذا النقد أن خبا ذلك المذهب بحيث يمكن القول بأنه قد مضى عهده (١) . وللتحقق من ذلك حسبنا أن نقف على أوجه ذلك النقد التى منها ما يوجه إلى التصوير الحيوى المطلق للمجتمع ، ومنها ما يوجه إلى التصوير الحيوى النسبى للمجتمع .

٨٢ ـــ فأما أوجه النقد التى توجه إلى التصوير الحيوى المطلق للمجتمع فهى :

(أولا) يؤخذ على هذا التصوير أن المجتمع يختلف عن الكائن الحى اختلافاً معنوياً جوهرياً . ففى الكائن الحى لا توجد سوى غاية واحدة هى حياة الكل ، وليس للاعضاء من قيمة الا بما يسهمون به فى المحافظة على حياة الكل الذى لا يحيون الا من أجله كما لا حياة لهم الا به . أما فى المجتمع فان الأفراد تكون غايات مستقلة وقيمة ذاتية وحياة متميزة عن غايات وقيمة وحياة المجتمع (٢) . فالمجتمع يستمد أهميته من تأييده بغايات الأفراد أنفسهم وما يمكن أن يسهم به فى سبيل تحقيق هذه الغايات

(١) أنظر فى ذلك ، روبييه ـــ المرجع السابق هـ ٢ ص ١٥٨ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو ـــ المرجع السابق ص ٣٥١ . روبييه ـــ المرجع السابق ص ١٥٩ .

التي لا يمكن تصور الوحدة الاجتماعية بدونها (١) . وأيا ما كانت قيمة المجتمع فانها لا تنفى قيمة الفرد الذى يعد غاية فى ذاته وليس مجرد وسيلة لغاية . والاتباع الحرفى للفكرة الحيوية يقود إلى انكار قيمة الفرد الذاتية واعتباره مجرد وسيلة لغاية . وهذا خطأ فادح يقع فيه من يرون فى المجتمع كائناً حيوياً كما وقع فيه من قبل افلاطون وارسطو اللذان انتهيا من ذلك إلى تبرير الرق والعبودية (٢) .

(ثانياً) يؤخذ على هذا التصوير أن المجتمع يختلف عن الكائن الحيوى اختلافاً تركيباً جوهرياً . فالمجتمع ، على خلاف الكائن الحى ، ليس كلا عناصره مدمجة وملتصقة غير قابلة للانفصال تشغل مواضع محددة ، وانما يتمتع أفراده بقدر من التحرر والاستقلال والذاتية يزداد مع تطور المجتمع (٣) . وهذا ما أبرزه سبنسر نفسه الذى يعد رائد الاتجاه الحيوى (٤) . ولهذا تعرض فى المجتمع ظواهر اجتماعية لا يمكن أن تعرض فى الكائن الحيوى ، وبالتالى لا يمكن أن يفسرها التصوير الحيوى للمجتمع ، كما هو الشأن فى ظاهرة الهجرة وظاهرة الانتحار (٥) .

(ثالثاً) يؤخذ على هذا التصوير أن المجتمع يختلف عن الكائن الحى اختلافاً عضوياً جوهرياً : فالمجتمع ، كما أبرز سبنسر نفسه ، يفتقر

---

(١) أنظر فى ذلك ، ماكيفر وبيج – المرجع السابق ص ١٠٤ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو – المرجع السابق ص ٣٥١ .

(٣) أنظر فى ذلك ، روبييه – المرجع السابق ص ١٥٩ . ديلفكيو – المرجع السابق ص ٣٥١ .

(٤) أنظر ماتقدم ف ٧٩ .

(٥) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو – المرجع السابق ص ٣٥١ . روبييه – المرجع السابق ص ١٥٩ .

إلى مركز للحس أو التفكير (١) . فالأفراد هم وحدهم الذين يعقلون ويفكرون ويشعرون . وإذا كانت المشاعر والأفكار يمكن أن تتشابه وتنتقل من عقل إلى آخر ، فان ذلك لا يعنى أنه توجد مشاعر أو أفكار مشتركة وأنه يوجد عقل واحد جمعى . فمن المضل القول بوجود مثل هذا العقل الجمعى وتصويره على أنه مجموع عقول أفراد المجتمع وهم يشعرون أو يفكرون أو يستجيبون بكيفية متشابهة . كذلك من المضل القول بأن شعور الأفراد ما هو الا تعبير عن الشعور الاجتماعى . فمراكز النشاط الوحيدة للشعور والوظيفة العضوية وأغراض الحياة هى نفوس الأفراد . ولهذا فان المجتمع انما يحى من خلال أفراده الذين لا ينتمون اليه كما تنتمى أوراق الشجر إلى أشجارها أو الخلايا إلى الجسم(٢) .

(رابعاً) يؤخذ على هذا التصوير أن المجتمع يختلف عن الكائن الحى اختلافاً جوهرياً من حيث طبيعة ارتباط أعضاء كل منهما به . فبينما يرتبط أعضاء الكائن الحى به ارتباطاً بيولوجياً ، فان أفراد المجتمع يرتبطون به بارتباطات متعددة ، منها الارتباط بأصل يشتركون فيه ، ومنها الارتباط بأقليم يستقرون عليه ، ومنها الارتباط بعقيدة تعقد بينهم ، ومنها الارتباط بتراث يتلقونه عنه (٣) . وما أبعد هذه الارتباطات التى لا مقابل لها فى الكائن الحى عن الارتباط البيولوجى بين خلايا وأعضاء الكائن الحى .

---

(١) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب – المرجع السابق ك ٣ ص ١٠٧ . ماكيفروبيج – المرجع السابق ص ١٠٠ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ماكيفر وبيج – المرجع السابق ص ٩٣ ، ١٠٠ – ١٠١ .

(٣) أنظر قرب ذلك ، ديلفكيو – المرجع السابق ص ٣٥١ – ٣٥٢ .

(خامساً) يؤخذ على هذا التصوير أن المماثلات التي أفرط في عقدها بين المجتمع والكائن الحي مماثلات مجازية محضة ، لا تنطوي على قياس علمي ، وانما على مجرد استعارات لغوية وتشبيهات بيانية (١) . ولهذا فان ما يعبر عنه هذا الأسلوب البياني من تماثل بين المجتمع والكائن الحي لا يجوز أن يتخذ أساساً لتفسير الحياة الاجتماعية وتحديد العلاقة بين المجتمع وأفراده (٢) .

(سادساً) يؤخذ على هذا التصوير أن الحقائق البيولوجية والقواعد التي تحكم العلاقات الحيوية لا تفسر الا جانباً من جوانب الكائن الحي ذاته هو جانبه الجسدي دون جانبه الروحي أو النفسي . وكما أن الظواهر النفسية لا تحكمها قواعد علم الحياة وانما قواعد علم النفس ، فكذلك الظواهر الاجتماعية لا تحكمها قواعد علم الحياة وانما قواعد علم الاجتماع : ومن أنصار المذهب الحيوي من انتهى إلى ذلك . فهذا «ورمس» ينتهي إلى أن الروابط التي تنشأ عن الاجتماع الانساني تمتاز بعناصر من طبيعة نفسية لدرجة لا يمكن معها أن يكون علم الاجتماع مجرد امتداد لعلم الحياة(٣) .

تلك هي أوجه النقد التي توجه إلى التصوير الحيوي المطلق للمجتمع .

٨٣ — أما أوجه النقد التي توجه إلى التصوير الحيوي النسبي للمجتمع الذي صوره سبنسر فهي :

(أولا) يؤخذ على هذا التصوير أنه ، رغم تسليمه بأن المجتمع

---

(١) أنظر في ذلك ، روبييه — المرجع السابق ص ١٥٩ .

(٢) أنظر في ذلك ، ماكيفر وبيج — المرجع السابق ص ٩٢ — ٩٣ .

(٣) أنظر في ذلك ، مصطفى الخشاب — المرجع السابق ك ٣ ص ٢٩ .

يشبه الكائن الحى من أوجه ويختلف عنه من أوجه ، أخضع تقدم وارتقاء كل منهما لمبدأ البقاء للأصلح . وإذا كان هذا المبدأ يستقيم مع طبيعة الكائنات الحية الحيوانية ، فانه يتعارض مع طبيعة المجتمع الانسانى (١) . فمن ناحية ، ليس من الانسانية التضحية بالانسان لمجرد عجزه أو مرضه أوفقره (٢) . ومن ناحية ثانية ، قد ترجع عدم صلاحية الفرد إلى ظروف اجتماعية يكون المجتمع مسئولا عنها وهو الذى يورث أفراده مدى صلاحيتهم كما يجب عليه أن يوفر لهم أسبابها (٣) . ومن ناحية ثالثة ، لا يقف منطق البقاء للأصلح عند مجرد التضحية بغير الصالح وانما قد يصل إلى التضحية بمن هو صالح إذا نازعه فى البقاء من هو أصلح منه .

(ثانياً) يؤخذ على هذا التصوير أنه ، رغم تسليمه بأن المجتمع يشبه الكائن الحى من أوجه ويختلف عنه من أوجه ، حاول أن يقيم المجتمع على أسس بيولوجية تجريبية محضة وان كان منها ما يخفى نظرة مثالية عقلية . ونلمس قصور تلك الأسس وما تخفيه من مثالية مستترة فيما ذهب اليه سبنسر كما قدمنا من أن أساس الاخلاق والواجب الاجتماعى هو التجارب التى يمر بها الجنس من أجل تحقيق المواءمة البيولوجية المتطورة بين الفرد والوسط الذى يحى فيه . تلك التجارب التى تتحول بالميراث إلى غريزة الشعور بالواجب الخلقى والاجتماعى . وليس أدل على قصور ذلك الأساس من أن تلك التجارب تفترض وعياً فردياً مسبقاً (٤) . والواقع

---

(١) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب – المرجع السابق ك ٣ ص ١١٠ .

(٢) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب – المرجع السابق ١ ص ١٨١ ، ١٨٤ .

(٣) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب – المرجع السابق ك ٣ ص ١١٠ .

(٤) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو – المرجع السابق ص ١٩٦ .

أن سبنسر كان رغماً عنه مثالياً يعتقد فى تقدم الجنس البشرى عن طريق ارتقاء الحياة الاجتماعية المطرد نحو الكمال ، وان كان يخفى ذلك تحت ستار مبادىء التطور البيولوجى (١) .

(ثالثاً) يؤخذ على هذا التصوير أنه ، رغم تسليمه بأن المجتمع يشبه الكائن الحى من أوجه ويختلف عنه من أوجه ، لم يقف فى المماثلة بينهما عند حدود القياس العلمى وانما لجأ إلى أسلوب التشبيهات المجازية والاستعارات البيانية (٢) . من ذلك المماثلة التى عقدها بين نظام الانتاج وجهاز التغذية ، بين نظام التوزيع والدورة الدموية ، بين نظام الاستهلاك والجهاز الهضمى والاخراجى .

(رابعاً) يؤخذ على هذا التصوير ما يؤخذ على المذهب الفردى (٣) ، الذى انتهى سبنسر إلى ما انتهى اليه ، ولكن على أساس استخلاصه من تجارب اجتماعية متعددة (٤) . فهو قد انتهى إلى مبدأين قانونين أساسين يرى أن العدل المطلق يمليهما وهما ، مبدأ الحرية الفردية الذى يقضى بأن لكل الحرية فى أن يفعل ما يريد ما دام لا يعتدى على حرية غيره (٥)، ومبدأ المسئولية الذى يقضى بأن على كل أن يتحمل نتائج طبيعته وسلوكه الشخصى (٦) . وبناء على ذلك يعترف سبنسر للفرد بمجموعة من الحقوق

(١) أنظر فى ذلك ، فريدمان – المرجع السابق ص ٢٢٦ .
(٢) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب – المرجع السابق ك ١ ص ١٨٥ .
(٣) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب – المرجع السابق ك ٣ ص ١١٣ .
(٤) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو – المرجع السابق ص ١٩٨ .
(٥) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو – المرجع السابق ص ١٩٨ ، فريدمان – المرجع السابق ص ٢٢٧ .
(٦) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو – المرجع السابق ص ١٩٩ .

الطبيعية تماثل تلك التى تضمنها اعلان حقوق الانسان (١) . كذلك ينتهى سبنسر ، كما سبق أن رأينا ، إلى وجوب عدم تدخل الدولة بين الأفراد وقصر وظيفتها الداخلية على حماية الحقوق الفردية (٢) .

تلك هى أهم أوجه النقد التى توجه إلى التصوير الحيوى النسبى للمجتمع (٣) ، عرضنا لها بعد أن عرضنا لأوجه النقد التى توجه إلى التصوير الحيوى المطلق للمجتمع وبذلك نكون قد انتهينا من تفنيد المذهب البيولوجى الذى يصور العضوية الاجتماعية تصويراً بيولوجيا حيوياً .

§ ٢ – العضوية الروحية

« المذهب الهيجلى » (٤)

مضمون المذهب الهيجلى :

٨٤ – إذا ذكر المذهب الهيجلى ذكرت الشمولية العضوية ، التى

---

(١) أنظر فى ذلك ، فريدمان – المرجع السابق ص ٢٢٧ . ديلفكيو – المرجع السابق ص ١٩٩ .

(٢) أنظر ماتقدم ف ٨٠ .

(٣) أنظر فى انتقادات أخرى ، مصطفى الخشاب – المرجع السابق ك ١ ص ١٨٢ – ١٨٥ ، ك ٣ ص ١١١ – ١١٥ .

(٤) أنظر فى المذهب الهيجلى : عبد الفتاح الديدى – هيجل ، القاهره ١٩٦٨ . شاتليه – هيجل ، ترجمة جورج صدقنى . دمشق ١٩٧٠ .

Hegel : Principes de la philosophie du droit, Gallimard. Précis de l'encyclopédie des sciences philosophiques, Vrin. Fleischmann — La philosophie politique de Hegel, Paris 1940. Weil — Hegel et l'état, Paris 1950. Vermeil — La pensée politique de Hegel, in études sur Hegel, Paris 1931. Basch — Les doctrines politiques des philosophes classiques de l'Allmagne 1927. L. Lévy-Bruhl — La théorie de l'Etat dans Hegel, Séances et travaux de l'académie des sci-.

يصل اليها هيجل وفقاً لمخطط جدلى ، والتى تتحقق إذا تخلى الفرد عن نفسه الفردية ليستقر كعضو فى ذلك الشمول العضوى الذى تجسده الدولة(١). هذه الدولة التى يجد الفرد فى عضويتها وشمولها ذاته الحقيقية، والتى تعد غاية فى ذاتها لها حق مطلق على أفرادها (٢) . ولهذا فان تلك الشمولية العضوية تنطوى على نزعة عضوية جماعية ، هى التى جعلتنا نعرض لها بين المذاهب العضوية الجماعية .

صحيح ان «هيجل» قد أراد أن يصل من تلك الشمولية العضوية إلى تحقيق التوافق بين الحرية الفردية والسلطة الجماعية ، وذلك بمقولة أنه مادام الفرد يجد ذاته الحقيقية فى الدولة فان خضوعه لسلطتها يكون خضوعاً لذاته الحقيقية . فالفرد يجد فى ارادة الدولة ارادته المعقولة ، بحيث إذا خالفت ارادته ارادتها كانت ارادة غير معقولة (٣) . وحين يطيع الفرد قوانين الدولة فانه يحقق بالفعل تجاوزه لفطرته الطبيعية ويبلغ مرحلة الحرية الحقيقية (٤) .

---

ences morales et politiques T. XXXIII. Maspetiol — Droit, société civil et Etat dans la pensée de Hegel, Archives de philosophie du droit T. XII 1967 p. 91. Villey — Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Paris 1957. Del Vecchio — Philosophie du droit. Paris 1953. Brimo — Le grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat. Paris 1967. Friedmann — legal théory. London 1967.

(١) أنظر فى ذلك ، الديدى – هيجل ص ١٣٦ .

(٢) أنظر ، هيجل – مبادىء فلسفة القانون ف ٢٥٨ .

(٣) أنظر فى ذلك ، فريدمان – النظرية القانونية ص ٩٠ .

(٤) أنظر فى ذلك ، الديدى – المرجع السابق ص ٧٤ .

ولكن الواقع أن هذه المحاولة الهيجلية ظاهرها غير باطنها . فهى فى ظاهرها توفق بين الحرية الفردية والسلطة الجماعية ، بينما فى باطنها تغلب السلطة الجماعية على الحرية الفردية . هذا التغليب ، الذى يكمن فى أن الدولة لها حق مطلق على أفرادها(١) ، والذى لا ينفيه مجرد تصور أن الدولة ستحمى دائماً حرية الفرد(٢)،أو أن الفرد سيجد حريته الحقيقية فى القيام بواجباته نحو الدولة (٣) . وهذا ما سنتحقق منه عندما نحيط بابعاد تلك الشمولية العضوية ونحدد مفاهيمها وموقفها من الفرد والدولة والقانون .

٨٥ — وتقتضى دراسة الشمولية العضوية أن نتتبع المخطط الجدلى الذى وصل به هيجل اليها (٤) ، سواء كحقيقة واقعية تاريخية أو كحقيقة عقلية فكرية .

فمن أسس الفلسفة الهيجلية عامة ان التقدم يجرى وفقاً لعملية جدلية تفرض نفسها كضرورة عقلية وتحقق التقدم من الفكرة إلى نقيضها إلى مركبهما الذى يتآلف فيه النقيضان . فكل فكرة تتضمن نقيضها الذى ينفيها كما هو الشأن فى فكرة الوجود التى تتضمن نقيضها وهو العدم . ومن الفكرة ونقيضها الذى يتضمن هو الآخر نقيضه نصل إلى مركب يؤلف بين النقيضين كما هو الشأن فى الصيرورة التى تؤلف بين الوجود ونقيضة العدم . وإذا كان مركب الموضوع أكثر ثراء وأوفر مضموناً

(١) أنظر ، هيجل — مبادىء فلسفة القانون ف ٢٥٨ .

(٢) أنظر فى ذلك ، فريدمان — المرجع السابق ص ٩٠ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل — مبادىء فلسفة القانون ، ملاحظات ف ٢٦١ ص ٢٧٨ — ٢٧٩ .

(٤) أنظر فى ذلك ، هيجل — مبادىء فلسفة القانون ف ٣١ .

من الفكرة ونقيضها فانه يعود فيجرى علية الجدل بحيث يصبح هو الفكرة التى تتضمن نقيضها والتى يتألف منها ومن نقيضها مركب موضوع جديد يجرى عليه الجدل من جديد (١) .

كذلك من أسس الفلسفة الهيجلية أن «كل ما هو واقع معقول ، وكل ما هومعقول واقع»(٢)، وأن العقل لا يتقدم التاريخفى الوجود أويدفعه نحو الوجود وانما هو الذى يدخل إلى الوجود خلال التاريخ (٣) . فما يعد مجرد غريزة أو انفعال أعمى يتحول إلى عقل وارادة خلال التاريخ (٤) ، الذى يعد سجل الفكر ومحكمة الشعوب (٥) . ولهذا كانت فلسفة هيجل صادرة عن تفسيره للتاريخ ووليدة خبرته التاريخية (٦) . ولهذا أيضاً علينا أن نرجع مع هيجل إلى التاريخ وإلى الفكر لنرى كيف وصل بتطبيق منهجه الجدلى عليهما إلى الشمولية العضوية وتجسدها فى الدولة .

---

(١) أنظر فى ذلك ، بريمو — الاتجاهات الكبرى لفلسفة القانون والدولة ، باريس ١٩٦٧ ص ١٥٢ . ديلفكيو — فلسفة القانون . باريس ١٩٥٣ ص ١٣٣ . فريدمان — المرجع السابق ص ١٦٥ . الديدى — المرجع السابق ص ٢٥ ، ٤٦ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل — مبادىء فلسفة القانون ، المقدمة ص ٤١ . بريمو — المرجع السابق ص١٥٢. فريدمان — المرجع السابق ص١٦٥. ديلفكيو — المرجع السابق ص ١٤٢ .

(٣) أنظر فى ذلك بريموالمرجع السابقص ١٥٢ ،هيبوليت— تقديم مبادى فلسفة القانون لهيجل ص ١٢ . الديدى — المرجع السابق ص ٢٩ .

(٤) أنظر فى ذلك ، الديدى — المرجع السابق ص ٢٩ .

(٥) أنظر فى ذلك ، فيلى — دروس فى تاريخ فلسفة القانون . باريس ١٩٥٧ ص ٤٠١ .

(٦) أنظر فى ذلك ، الديدى — المرجع السابق ص ٤٣ .

الجانب التاريخى للمذهب الهيجلى :

٨٦ – إذا رجعنا مع هيجل إلى التاريخ ، وجدنا أن خطوات التقدم التى تمثلت فى تعاقب الأنظمة السياسية قد سارت وفقاً لمثلث جدلى تقابل كل حلقة من حلقاته مرحلة سياسية تاريخية (١) .

٨٧ – أما المرحلة الأولى ، فتمثلها الامبراطوريات الشرقية القديمة حيث لم تكن تتوفر فى الأنظمة السياسية حرية فردية وكان الفرد يخضع خضوعاً تاماً لارادة الحاكم . ففى هذه الأنظمة ، التى اختفت فيها الشخصية الفردية وحقوقها (٢) ، لم يكن الفرد يملك حتى روحه وكانت الطاعة هى القانون الذى يتحكم فى وجوده . ولهذا كان الاضطراب يسود حيث لا تتوافر الطاعة والسيطرة لحاكم تتركز فيه كل السلطات وتكون الحرية له وحده (٣) . وهذه المرحلة التى تعد الحلقة الأولى فى المثلث الجدلى نواجه فيها فكرة التحكم أو السلطة .

٨٨ – أما المرحلة الثانية ، فتنقسم إلى فترتين تمثل أحداهما حضارة اليونان ، وتمثل الثانية حضارة الرومان .

فمع الحضارة اليونانية ، التى كانت أنظمتها السياسية ذات طابع ديمقراطى ارستقراطى ، برزت الفردية ونمت حتى استطاع البعض الحصول على حريتهم الفردية ؛ وبظهور الحرية الفردية ، التى تعد نقيض

---

(١) أنظر فى ذلك ، فيلى – المرجع السابق ص ٣٩٩ .

(٢) أنظر ، هيجل – مبادىء فلسفة القانون ف ٣٥٥ .

(٣) أنظر فى ذلك ، فيلى – المرجع السابق ص ٤٠٠ . الديدى – المرجع السابق ص ٣٠. شاتليه – هيجل ، ترجمة جورج صدقنى ، ص ٢٠٦ – ٢٠٧ .

السلطة المطلقة ، ظهر نقيض فكرة المرحلة الأولى وبدأت الحلقة الثانية من حلقات المثلث الجدلى (١) .

ومع الحضارة الرومانية ، التى كانت أنظمتها أكثر قوة وصلابة ، تغلب النظام على الحرية (٢) ، وارتقت فكرة الدولة بحيث صار لها أن تخضع ارادة الأفراد (٣) . وإذا كانت ثمة حقوق شكلية للفرد ، فان الحفاظ على هذه الحقوق كان مقابل استبداد مجرد (٤) . وهكذا فان الفرد ، الذى تعرض للانتفاء انتفاء كاملا فى العموم فى الامبراطوريات الشرقية القديمة ، والذى بزغ بزوغاً جزئياً فى اليونان ، عاد مدمجاً من جديد فى العموم على مستوى أعلى فى الامبراطورية الرومانية (٥) . ومؤدى ذلك أن التناقض الذى برز بين فكرة السلطة المطلقة ونقيضها وهو الحرية الفردية لم يصل بعد إلى التآلف ، وانما حسم لمصلحة السلطة فى هذه الفترة الثانية من المرحلة الثانية .

٨٩ — وأما المرحلة الثالثة ، فقد بدأت فى أوروبا المسيحية تحت تأثير عوامل متعددة واكتملت فى بروسيا الملكية تحت تأثير الثقافة الجرمانية .

ففى أوروبا المسيحية ، أخذ الفرد يتمرد ضد الضغط الموضوعى الواقع على شخصه من السلطة الحاكمة وصار يبحث عن مخرج محاولا

---

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل — مبادىء فلسفة القانون ف ٣٥٦ . فيلى — المرجع السابق ص ٢٠٧ — ٢٠٨ .

(٢) أنظر فى ذلك ، فيلى — المرجع السابق ص ٤٠٠ .

(٣) أنظر فى ذلك ، الديدى — المرجع السابق ص ٣٠ .

(٤) أنظر فى ذلك ، هيجل — مبادىء فلسفة القانون ف ٣٥٧ .

(٥) أنظر فى ذلك ، الديدى — المرجع السابق ص ٣٠ — ٣١ .

أن ينمى عالماً خاصاً ذاتياً يتحرك فيه بحرية (١) . وتحت تأثير النزعة الشخصية للفكر المسيحى ، والنزعة التحررية للفكر السياسى فى القرن الثامن عشر ، ساد المذهب الفردى وعلى أساسه قامت الثورة الفرنسية وصدر اعلان حقوق الانسان (٢) . وبذلك تكون الحرية الفردية باعتبارها نقيض فكرة الخضوع للسلطة قد وصلت إلى نفى هذه الفكرة ولكن لم تصل بعد إلى أن تتآلف معها ليتكون من تآلفها مركب الموضوع الذى يؤلف بين النقيضين .

وفى بروسيا الملكية ، وتحت تأثير الثقافة الجرمانية ، أمكن فى النهاية الوصول إلى المركب الذى يتآلف فيه النقيضان : الحرية والسلطة(٣) . وهذا ما تحقق عندما تم التغلب على الصراع بين الكلى والجزئى والتنسيق بينهما تنسيقاً منسجماً فى دستور تلك الدولة الملكية التى ينزع فيها الفرد بحرية نحو الصالح العام ويجعل من ارادته وارادة الفرد ذى السلطة العليا شيئاً واحداً لأنه يرى فيه مأوى للسلطة والسيادة وفى ارادته الارادة العاقلة . فبذلك لا يبقى نزاع بين الذاتى والموضوعى أو بين الجزئى والكلى أو بين الفردى والاجتماعى ، وانما يتحد هذا كله فى تركيبة تمثل تصور الحرية وهى تجعل منه كله شيئاً واحداً (٤) . وبالوصول إلى تلك التركيبة الموجودة سلفاً قبل عنصريها (٥) يكون الفكر قد عاد إلى نفسه وقد أثراه التوافق

---

(١) أنظر فى ذلك ، الديدى – المرجع السابق ص ٣١ .

(٢) أنظر فى ذلك ، فيل – المرجع السابق ص ٤٠٠ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل – مبادىء فلسفة القانون ف ٢٥٨ فيلى – المرجع السابق ص ٤٠٠ الديدى – المرجع السابق ص ٣١ . شاتليه – المرجع السابق ص ٢١٠ .

(٤) أنظر فى ذلك ، الديدى – المرجع السابق ص ٣١ .

(٥) أنظر فى ذلك ، الديدى – المرجع السابق ص ٤٦ .

الانسجامى بين مبادىء السياسة الخاصة بالحكمين المطلق والفردى أو بين الطغيان والديمقراطية أو بين التآرز القومى والحرية الشخصية (١) .

وبعد أن رجعنا مع هيجل إلى التاريخ لنرى كيف وصل به تطبيق مخططه الجدلى عليه إلى ذلك الشمول العضوى الذى تجسده الدولة ، ينبغى أن نرجع معه أيضاً إلى الفكر لنرى أيضاً كيف وصل إلى ذلك بتطبيق منهجه الجدلى عليه .

الجانب العقلى للمذهب الهيجلى :

٩٠ – إذا مارجعنا مع هيجل إلى العقل ، وجدنا أن الفكرة تتقدم تقدماً جدلياً من الفكرة فى ذاتها ، إلى نقيضها وهو الفكرة خارج ذاتها إلى مركبهما الذى يؤلف بين تناقضهما وهو الفكرة فى ذاتها ولذاتها أى الروح . وهذا الروح بدوره يتقدم جدلياً من الروح الذاتى ، الى نقيضه الروح الموضوعى ، إلى مركبهما الروح المطلق . ولكل من الروح الذاتى والموضوعى والمطلق مستوياته الجدلية . فالروح الذاتى له ثلاث مستويات جدلية هى الشعور والتفكير والوعى . والروح الموضوعى له ثلاث مستويات جدلية يطلق عليها هيجل «القانون المجرد» «والاخلاق الذاتية» و «الأخلاق الموضوعية» . والروح المطلق له ثلاث مستويات جدلية هى الفن والدين والفلسفة (٢) .

والروح الموضوعى هو الذى ينبغى أن نقف عنده لنرى كيف وصل منه هيجل إلى ذلك الشمول الذى تجسده الدولة والذى ينطوى على نزعة عضوية

---

(١) أنظر فى ذلك ، الديدى – المرجع السابق ص ٣١ .

(٢) أنظر فى ذلك ، فريدمان – المرجع السابق ص ١٦٥ – ١٦٦ . ديلفكيو – المرجع السابق ص ١٣٤ . بريمو – المرجع السابق ص ١٥٣ . الديدى – المرجع السابق ص ٩٧ – ٩٨ .

جماعية . ذلك أن الدولة هى قمة أنظمة الأخلاق الموضوعية التى يصل اليها الروح الموضوعى فى تقدمه الجدلى .

وحتى يمكن أن نتتبع المسار الجدلى لهذا الروح الموضوعى ينبغى أن نكون على بينة من أن محوره الارادة . فكما أن الارادة ، لا المعرفة ، هى قمة الروح الذاتى ، وهى التى تنقلنا من هذا الروح الذاتى إلى الروح الموضوعى (١) ، فكذلك تعد الارادة محور الروح الموضوعى ونقطة انطلاق القانون وأساسه (٢) . وكما أن تطور الروح ليس سوى المراحل التى يمر بها حتى يصل إلى الظهور كارادة (٣) ، فكذلك لا تكون الارادة ارادة حقيقية الا بكونها ادراكاً مفكراً (٤) . ولهذا حرص هيجل على أن يصدر مبادىء فلسفة القانون (٥) ، التى لا تعدو أن تكون مبادىء الروح الموضوعى ، بتأصيل للارادة الحرة بتحديد مفهوم كل من الارادة والحرية(٦). ولهذا أيضاً كان لابد أن نحرص على أن نكون على بينة من تحديده للارادة وحريتها :

٩١ — وبالنسبة للارادة ، يميز هيجل بين لحظات ثلاث تمر بها : لحظة التجرد ، ولحظة التحدد ، ولحظة الوحدة .

---

(١) أنظر فى ذلك ، هيبوليت — تقديم مبادىء فلسفة القانون لهيجل ص ٩ — ١٠ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل — م.ف. ق. ، ف ٤ ص ٥٧ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل م.ف. ق ، ملاحظات ف ٤ ص ٥٨

(٤) أنظر فى ذلك ، هيجل م. ف. ق ، ملاحظات ف ٢١ ص ٧١ .فريدمان — المرجع السابق ص ١٦٦ .

(٥) أنظر ، ص ٥٧ — ٨٧

(٦) أنظر فى ذلك ، هيبوليت — تقديم مبادىء فلسفة القانون لهيجل ص ١٢ .

أما لحظة التجرد ، فهى لحظة التأمل فى الأنا moi ذاته مجرداً عن أى تعيين أو مضمون ، مباشر أو غير مباشر ، مستمد من الطبيعة أو من الرغبات أو من الغرائز (١) . وهنا يكون وجه الارادة هو التجرد من أى تعيين وجد أو وضع فيه الشخص . ولهذا نكون بصدد ارادة سلبية ، الهدم هو الذى يشعرها بوجودها (٢) .

وأما لحظة التحدد ، فهى لحظة انتقال الأنا من اللاتعيين إلى التعيين النوعى ، الذى يصبح طابعاً لمضمون أو لمحل مستمد من الطبيعة أو ناتج عن أحد مفاهيم الفكر . وبهذا التعيين يدخل الأنا فى الوجود العام كجزء منه . ولهذا تمثل هذه اللحظة الجانب الجزئى فى الأنا (٣) .

وأما لحظة الوحدة ، فهى اللحظة التى تتحد فيها اللحظتان السابقتان والتى يرتفع فيها الجزئى المتأمل نفسه إلى مستوى الكلى (٤) . ولهذا فان الارادة تكون ، من وجه كلية ، ومن وجه جزئية أو فردية (٥) . وهذا ما يرتبط بما وصل اليه هيجل من مثول الكلى فى الجزئى ، ومن أن كل مفرد هو لقاء بين تيارين أو توافق بين حركتين أو تركيز لعنصرين يطلق على احدهما الكلى أو الجنس ويطلق على الآخر الجزئى أو الفصل(٦).

٩٢ — وبالنسبة لحرية الارادة ، يفرق هيجل بين الارادة الحرة

---

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل م .ف . ق ، ف٥ ص ٥٨ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل م.ف. ق ، ملاحظات ف٥ ص ٥٨، وتقديم هيبوليت ص ١٠

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل م. ف.ق ، ف ٦ ص ٦٠ .

(٤) أنظر فى ذلك هيجل — م.ف.ق ، ف ٧ ص ٦١ .

(٥) أنظر فى ذلك ، هيجل م.ف.ق، ملاحظات ف ٧ ص ٦١ .

(٦) أنظر فى ذلك ، الديدى — المرجع السابق ص ٣٤ .

فى ذاتها أو الارادة المباشرة الطبيعية ، والارادة الحرة فى ذاتها ولذاتها أو الارادة العاقلة الحقيقية .

فأما الارادة الحرة فى ذاتها أو الارادة المباشرة الطبيعية ، فهى رغم كل قول ارادة غير حرة (١) . ذلك أن مضمون هذه الارادة جملة من التعيينات المباشرة هى غرائز ورغبات وميول تجد الارادة نفسها فيها محددة بالطبيعة (٢) . وإذا كانت الارادة تقرر أى الغرائز تقدم أو أى موضوعاتها ووسائل اشباعها تختار (٣) ، فالواقع أنها لا تملك أو لا ينتمى اليها سوى القرار المجرد ، أما المضمون فلا يكون بعد من عمل حريتها وهو الذى يكون خارجياً عنها (٤) . فليس بصحيح أن حقيقة حرية الارادة تكمن فى حرية الاختيار «Libre - arbitre» ، التى تجمع بين التأمل الحر المتخلص من كل شىء والخضوع للمضمون المعطى داخلياً أو خارجياً ، إذ أنه ما دام هذا المضمون يعد بالنسبة للتأمل ضرورياً وممكناً فى ذات الوقت ، فان حرية الاختيار تعبر عما يكمن فى الارادة من احتمال (٥) . ومجرد أن ذلك المضمون يكون على نحو ما من معطيات الشعور لا ينفى عنه خارجيته ، لأن ذلك الشعور يكون ممتلئاً إلى حد لا يكون معه المضمون من فعل نشاط الارادة فى تحديد نفسها بنفسها .

---

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل م. ف. ق. ، ملاحظات ف ٢٢ ص ٧٢ .
(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل — م. ف. ق. ، ف ١١ ص ٦٤ .
(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل م. ف. ق. ، ف ١٢ ص ٦٥ .
(٤) أنظر فى ذلك ، هيجل م. ف. ق. ، ف ١٣ ص ص ٦٦ .
(٥) أنظر فى ذلك ، هجيل م. ف. ق. ، ف ١٥ ص ٦٧ .

لهذا فان حرية الاختيار التى تزعم أنها الحرية تكون مجرد وهم . فهى ليست الارادة فى حقيقتها وانما الارادة فى تناقضها (١) .

وأما الارادة الحرة فى ذاتها ولذاتها ، أو الارادة الكلية العاقلة ، فهى وحدها الارادة الحرة ، لأن مضمونها وموضوعها وهدفها هو الارادة ذاتها ، هو الكلى العقلى اللامتناه (٢) . فمن حيث أن موضوع هذه الارادة هو الارادة ذاتها ، فان هذا الموضوع لا يعد قيداً على الارادة التى تكون قد عادت إلى ذاتها واسقطت عنها أية تبعية لما عداها (٣) . ومن حيث أن هدف هذه الارادة هو الكلى العقلى ، فانها تكون قد تجاوزت وتخطت التعيينات المباشرة الطبيعية والخصوصيات الفردية التى تلحق بها . ذلك ان الارتفاع إلى مستوى الكلية العقلية لا يكون الا بذلك التجاوز والتخطى الذى يحققه الفكر القائم فى الارادة . ولهذا فان الارادة لا تكون ارادة حقيقية الا بكونها تعقلا مفكراً (٤) .

ومؤدى ذلك أن الحرية عند هيجل ليست قدرة واقعية على الاختيار (٥) ، وانما هى حركة تحرر يعلو بها الفرد على الحد الذى يخصه (٦) . وهذا ما يرتبط بما يفرضه هيجل على الفكر من أن يعثر على مضمون يعطيه تعيينه ، وأن يتبع ذلك بالتعرف على نفسه فى هذه الصورة الطائشة التى

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل م. ف. ق ، ملاحظات ف ١٥ ص ٦٧ – ٦٨ . ماسبتيول – الأسره ، المجتمع المدنى ، والدولة عند هيجل ، أرشيف فلسفة القانون جـ ١٢ س ١٩٦٧ ص ٩٤ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل م. ف. ق. ، ف ٢١ ص ٧١ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل – م. ف. ق. ، ملاحظات ، ف ٢٢ ص ٧٢ ف ٢٣ ص ٧٣ .

(٤) أنظر فى ذلك ، هيجل م. ف. ق. ، ملاحظات ف ٢١ ص ٧١ .

(٥) أنظر فى ذلك ، شاتلية – المرجع السابق ص ١٤٠ .

(٦) أنظر فى ذلك ، الديدى – المرجع السابق ص ٧٥ .

وهبها لنفسه لكى يتجاوز تعيينه الذى سجن نفسه فيه . وهذا الاجتياز هو الحرية الحقيقية ، التى تعد مركب الموضوع من الحرية بمعناها العادى ونقيضها الضرورة (١) . لهذا فان الفكر العملى لا يعد ارادة حرة الا بالقدر الذى يستطيع فيه الأنا أن يتخطى كل تعيين يجد نفسه فيه ، وبالقدر الذى يبقى فيه مع كل تعيين لامتعينا ومساوياً لنفسه (٢) . ولهذا أيضاً ، فان الحرية ليست تلقائية ، ولا من معطيات الوعى المباشرة ، وانما هى ثمرة صراع ضد الطبيعة وجهد مؤلم للنفس ، إذ تفترض أن الانسان يعترف على نفسه بأنه ليس ما هو عليه أو ليس بحاله الذى هو فيه (٣) .

٩٣ — وبعد أن وقفنا على تأصيل هيجل للحرية باعتبارها محور الروح الموضوعى الذى تتوجه الدولة ، يمكننا أن نتتبع مع هيجل خطوات التقدم الجدلى لهذا الروح الموضوعى حتى نصل إلى الدولة وما تجسده من شمول عضوى يجد فيه الفرد حريته الحقيقية .

والروح الموضوعى الذى يصل منه هيجل إلى ذلك ، هو روح القانون ، هو الروح الذى يقيم لنفسه عالماً قانونياً بالمعنى الهيجلى الواسع للقانون . فهو يقصد بالقانون كل ما ينطوى على معنى الفرض والالزام(٤)، أو كل ما من شأنه أن يحدد ويحقق الحرية (٥) . ولهذا يتسع القانون

(١) أنظر فى ذلك ، الديدى المرجع السابق ص ٧٤ — ٧٥ .

(٢) أنظر فى ذلك ، شاتليه — المرجع السابق ص ١٥٣ ، حيث أشار إلى ف ١٧٤ من التمهيد الفلسفى لهيجل ترجمة دوجانديك ص ٢١٢ ؛

(٣) أنظر فى ذلك . الديدى — المرجع السابق ص ٧٤ — ٧٥ .

(٤) أنظر فى ذلك ، الديدى — المرجع السابق ص ١٣٨ — ١٣٩ .

(٥) أنظر فى ذلك ، ماسبتيول — البحث السابق ص ٩٣ .

عند هيجل لما تفرضه الاخلاق من واجب وما تحدده من حرية . فالاخلاق ، ذاتية كانت أو موضوعية لا تعدو أن تكون قانوناً يحدد ويحقق الحرية(١).

ويمر القانون ، أو الروح الموضوعى ، فى تقدمه الجدلى ، بمستويات ثلاث ، المستوى الأول ، مستوى الموضوع الذى يطلق عليه هيجل القانون المجرد ، والذى فى مجاله تعى الذات نفسها بوصفها شخصاً Personne مجرداً كلياً (٢) . والمستوى الثانى ، مستوى نقيض الموضوع ، الذى يطلق عليه هيجل الاخلاق الذاتية ، والذى فى مجاله يعى المرء نفسه بوصفه ذاتاً Sujet باطنة أخلاقية (٣) . والمستوى الثالث ، مستوى مركب الموضوع ، الذى يطلق عليه هيجل الأخلاق الموضوعية ، والذى فى مجاله يعى المرء نفسه بوصفه جوهراً Substance اجتماعياً (٤) .

٩٤ — **المستوى الاول : القانون المجرد :** يبدأ القانون قانوناً مجرداً يحقق حرية مجردة خارجية هى حرية المرء بوصفه شخصاً حراً كلياً مجرداً عن أى تحديد أو خاصية . فأساس القانون المجرد هو الشخصية La personnalité (٥) ، التى تعنى أنه رغم كون الفرد فرداً معيناً مكتمل حرية الاختيار والغرائز والرغبات ، فانه يعرف فى النهاية أنه لا محدود

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل — م. ف. ق. ، ملاحظات ف ٣ ص ٧٨ الديلى — المرجع السابق ص ١٤٠ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل م.ف.ق. ، ف ٣٥ وملاحظاتها ص ٧٤ .

(٣) أنظر فى تفرقة هيجل بين الشخص والذات ، هيبوليت — تقديم مبادىء فلسفة القانون لهيجل ص ١٨ .

(٤) أنظر فى ذلك ، هيبوليت — تقديم مبادىء فلسفة القانون لهيجل ص ٢٢

(٥) أنظر فى ذلك ، هيجل — م. ف. ق. ، ف ٣٦ ص ٨٤ .

وكلى وحر (١) ، كما يعرف نفسه كموضوع خارجى يرتفع به الفكر إلى مصاف اللامتناه (٢) .

٩٥ — وينبنى على ذلك : أولا ، أن القانون المجرد لا يعتد بالمصلحة الخاصة ، ولا بالدافع أو القصد الخاص (٣) . ثانياً ، أن التكليف الذى يفرضه القانون المجرد هو «كن شخصاً واحترم الآخرين كأشخاص»(٤) . ثالثاً ، أن الحرية التى يحققها القانون المجرد حرية مجردة خارجية مباشرة تتجسم فى شىء خارجى (٥) . رابعاً ، أن الحقوق التى يقررها القانون المجرد هى حقوق الشخص بوصفه شخصاً فحسب وبغض النظر عن انتمائه لدولة (٦) .

٩٦ — ويؤلف القانون المجرد مثلثاً جدليا اضلاعه ، الملكية التى تمثل عنصر الموضوع ، والعقد الذى يمثل عنصر نقيض الموضوع ، وعدم المشروعية Injustice الذى يمثل عنصر مركب الموضوع .

٩٧ — **ففى اطار الملكية** ، نواجه الشخصية وقد تجسدت حريتها فى شىء خارجى تعزوه الارادة لنفسها وتقف فى علاقة مباشرة معه (٧) .

---

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل — م.ف.ق. ، ف ٣٥ ص ٨٣ — ٨٤ .
(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل — م.ف.ق. ، ملاحظات ف ٣٥ ص ٨٤ .
(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل — م.ف.ق. ، ف ٣٧ ص ٨٥ .
(٤) أنظر فى ذلك . هيجل — م.ف.ق. ، ف ٣٦ ص ٨٤ .
(٥) أنظر فى ذلك ، هيجل — م.ف. ق. ، ف ٣٣ ص ٨٠ .
(٦) أنظر فى ذلك ، بريمو — المرجع السابق ص ١٥٣ . فريدمان — المرجع السابق ص ١٦٦ .
(٧) أنظر فى ذلك ، الديدى — المرجع السابق ص ١٣٩ ، ١٤٢ .

فبالتملك يعبر الشخص عن سيادة ارادته تجاه الأشياء (١) . وبالحيازة التى أن تقترن بارادة التملك تتخذ الارادة شكلا خارجياً يمكن التعرف عليه من الغير (٢) . وبالصنع الذى يعد من صور الحيازة يختبر الشخص حريته اختياراً تجريبياً بوصفها قدرة على التحويل (٣) . وإذا كانت الملكية تبدو كأداة تحقق حاجة الشخص ورغباته ، فالحقيقة أنها تحقق للحرية وجودها الأول وتعد غايتها الجوهرية (٤) . ولما كان ما من تملك الا التملك المعترف به ، فان الحرية لا تتحقق الا إذا سوغ القانون الملك الذى تصبح الحرية به أمراً واقعاً . والقانون هنا هوالقانون المجرد أو الخاص ، الذى يكون بهذا الوصف فاقداً لحقيقة ستعطيه اياها الدولة (٥) .

٩٨ — **وفى اطار العقد** ، يواجه القانون المجرد الشخصية فى علاقتها بشخصية أخرى ليس لكل منها وجود بالنسبة للأخرى الا بمالها من ملكية(٦) . هذه الملكية التى تنقطع عن شخص وتؤول إلى شخص بمقتضى العقد (٧) الذى تتجسد فيه ارادتهما المشتركة (٨) ، والذى ينطوى على توسط ارادة شخص آخر سواء فيما يتعلق بالنزول عن الملكية أو اكتسابها (٩) .

---

(١) أنظر فى ذلك ، فريدمان — المرجع سابق ص ١٦٦ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل —م.ف.ق ، ف ٥١ ص ص ٩٦ .

(٣) أنظر فى ذلك ، شاتليه — المرجع السابق ص١٧٨ . هيجل —م. ف.ق، ف٥٦ ص ٩٩ وملاحظاتها ص ١٠٠

(٤) أنظر فى ذلك ، هيجل —م.ف.ق ، ف ٤٥ ص ٩١ وملاحظاتها .

(٥) أنظر فى ذلك ، شاتليه — المرجع السابق ص ١٧٨ .

(٦) أنظر فى ذلك ، هيجل —م.ف.ق . ، ف ٤٠ ص ٨٦ .

(٧) أنظر فى ذلك ، هيجل —م.ف.ق. ، ف ٧٤ ص ١١٧ . الذيدى— المرجع السابق ص ١٤٢

(٨) أنظر فى ذلك ، هيجل —م.ف. ق. ، ف ٧٥ ص ١١٧ .

(٩) أنظر فى ذلك ، هيجل —م.ف.ق. ، ف ٧١ ص ١١٥ ، ف ٧٤ ص ١١٧ .

ولهذا فانه يظهر ويختفى فى العقد التناقض بين أن يكون الشخص مالكاً لنفسه وباستبعاد أى شخص آخر ، وأن ينزل عن ملكيته بارادته المشتركة مع ارادة شخص آخر (١) . ولما كان كل من الطرفين المتعاقدين يتصرف تجاه الآخر كشخص مستقل ، فان العقد يكون نتاج حريتهما فى الاختيار(٢).

٩٩ — **وفى اطار عدم المشروعية** (٣) ، يواجه القانون المجرد انقسام الشخصية على نفسها نتيجة لتعارض ارادة الشخص الجزئية التى خالفت القانون مع الارادة الكلية (٤) . هذا التعارض الذى يجب نفى ما ينطوى عليه من نفى للقانون ، وذلك بالغاء ارادة الشخص الجزئية المخالفة للقانون أو الاقتصاص من هذا الشخص (٥) . وبهذا النفى للنفى ، الذى تكون له الصفة القانونية (٦) ، والذى يعد فى ذاته عدلا وتحقيقاً للحرية (٧) ، يعود الحق أو القانون إلى نصابه (٨) . الا أن القانون المجرد يقف عند مجرد المطالبة بذلك(٩) ، وعند مجرد عدالة الأخذ بالثأر أو القصاص (١٠) .

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل — م. ف. ق. ، ٧٢ ص ١١٦ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل —م. ف. ق. ، ف ٧٥ ص ١١٧ . هيجل — ف ٧٥ .

(٣) عدم المشروعية ترجمة بتصرف لكلمة Injustice ، التى يمكن ترجمتها ترجمة حرفية باللاعدل ، والتى ترجمها الديدى بالخطأ أو الأثم (الديدى — المرجع السابق ص١٤٣) ، وترجمها جورج صدقنى باللاحق (أنظر ترجمته لمؤلف شاتليه السابق الإشارة اليه ، الجدول المقابل ص ٢٠٨) .

(٤) أنظر فى ذلك ، الديدى — المرجع السابق ص ١٤٢—١٤٤ . فريدمان — المرجع السابق ص ١٦٧ هيجل — مبادىء فلسفة القانون ف ٤٠ ص ٨٦ .

(٥) أنظر فى ذلك ، هيجل —م.ف.ق. ، ف ٨٩ ص ١٢٨ ، ف ١٠٢ ص ١٣٨ .

(٦) أنظر فى ذلك ، هيجل — م.ف.ق. ، ف ٩٣ ص ١٣٠ .

(٧) أنظر فى ذلك ، هيجل —م.ف.ق. ، ف ١٠٠ ص ١٣٥ .

(٨) أنظر فى ذلك ، فريدمان — المرجع السابق ص ١٦٧ . هيجل — مبادىء فلسفة القانون ف ٨٢ ص ١٢٥ — ١٢٦ ، ف ٩٩ ص ١٤٣ .

(٩) أنظر فى ذلك ، هيجل —م.ف.ق. ، ف ٨٦ ص ١٢٧ ، ف ٨٩ ص ١٢٨ .

(١٠) أنظر فى ذلك ، هيجل — م.ف.ق. ، ف ١٠٢ ص ١٣٨ — ١٣٩ .

ولهذا فانُ الوقوف عند القانون المجرد يجعل العلاقات الاجتماعية تتاليا غير محدود من الأخذ بالثأر والانتقام (١) . ولهذا ، أيضاً ، تظهر الحاجة إلى عدالة أخرى وقانون آخر وحرية أخرى : عدالة لا تنتقم وانما تعاقب ، وقانون لا يجرد الشخص من ذاتيته وانما ينبع من ذاته الاخلاقية(٢) ، وحرية لا تتحقق تحققاً خارجياً وانما تحققاً داخلياً(٣). وذلك القانون الآخر هو قانون الاخلاق الذاتية .

١٠٠-المستوى الثانى : الاخلاق الذاتية (٤) : يتمثل الانتقال من القانون المجرد إلى الأخلاق الذاتية فى عودة الارادة إلى ذاتها (٥) ، وحرصها على أن تكون متوافقة مع تصور الارادة أو مع ما ينبغى أن تكون عليه الارادة (٦) . فعودة الارادة إلى نفسها هى عودتها من الخارج إلى الباطن(٧)، من التعبير عن شخصية مجردة إلى التعبير عن ذات عميقة ، من التحديد المباشر إلى التحديد الذاتى (٨) . وحرص الارادة على أن تكون كما يجب أن تكون ، هو حرص الارادة على أن تكون ارادة اخلاقية (٩) تتجسد

---

(١) أنظر فى ذلك ، شاتليه – المرجع السابق ص ١٨٠ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل – م.ف. ق. ، ف ١٠٣ ص ١٣٩ .

(٣) أنظر فى ذلك ، شاتليه – المرجع السابق ص ١٨١ .

(٤) أنظر ، الديدى – المرجع السابق ص ١٤٣ – ١٥١ . ماسبتيول – البحث السابق ص ١٠٥ – ١٠٦ ، ص ١٠٢ حيث يقرب بين الأخلاق الذاتية والحق الشخصى .

(٥) أنظر فى ذلك ، هيجل – م.ف. ق. ،ف ١٠٥ ص ١٤٣ . فريدمان – المرجع السابق ص ١٦٧ . الديدى – المرجع السابق ص ١٤٥ .

(٦) أنظر فى ذلك ، الديدى – المرجع السابق ص ١٤٥ .

(٧) أنظر فى ذلك ، هيجل م.ف.ق. ، ف ٣٣ ص ٨٠ .

(٨) أنظر فى ذلك ، هيجل م. ف. ق. ، ف ١٠٤ ص ١٤٠ . وملاحظاتها ، ف ١٠٥ ص ١٤٣ ، ف ١٠٧ ص ١٤٤ ، ف ١٠٩ ص ١٤٦ .

(٩) أنظر فى ذلك ، الديدى – المرجع السابق ص ١٤٤ .

حريتها فى توافقها مع نفسها (١) . وبذلك تصبح الارادة ارادة أخلاقية ذاتية يحكمها قانون الأخلاق الذاتية .

١٠١ — وينبنى على ذلك : أولا ، أن الأخلاق الذاتية تعتد أصلا بداخل النفس ، بحالتها الباطنة ، بأغراضها ومقاصدها (٢) . ثانياً ، أن الاخلاق الذاتية تحقق حرية داخلية ذاتية ، مناطها توافق الارادة مع نفسها(٣). ثالثاً ، أن الاخلاق الذاتية تعتمد على الوعى الذاتى أو الرضا الذاتى وتستبعد كل الواجبات الوضعية نحو الأسرة والمجتمع والدولة التى يكون مجالها الأخلاق الموضوعية (٤) .

١٠٢ — وتوجد فى هذا الاطارالذاتى الاخلاقى ثلاثة مقولات جدلية:
الأولى ، مقولة المشروع والمسئولية Projet et Responsabilité .
والثانية ، مقولة القصد والرفاهية Intention et Bien-être .
والثالثة ، مقولة الخير واليقين الأخلاقى Bien et Certitude morale .

١٠٣ — **فاما مقولة المشروع والمسئولية** ، ففحواها أن الارادة الذاتية لا تكون مسئولة إلا عما يدخل فى حدود المشروع الذى رسمته لفعلها (٥) . فمن حق الارادة ألا يعد من فعلها سوى ما يكون معروفاً لها

---

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل — م. ف. ق. ، ف ١٠٦ ص ١٤٣ وملاحظاتها ص ١٤٤ ، ف ١٠٩ ص ١٤٥ — ١٤٦ ، ف ١١٠ ص ١٤٦ ، ماسبتيول — البحث السابق ص ١٠٢ .
(٢) أنظر الديدى — المرجع السابق ص ١٤٣ .
(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل — م.ف.ق. ، ف ١١٠ ص ١٤٦ .
(٤) أنظر فى ذلك ، الديدى — المرجع السابق ص ١٣٩ ، ١٤٥ .
(٥) أنظر فى ذلك ، هيجل — م.ف.ق. ، ف ١١٥ ص ١٤٩ — ١٥٠ .

ماثلا فى تصورها (١) . ومن حق الارادة ، كذلك ، ألا ينسب اليها من توابع فعلها سوى تلك التى تكون قد قدرتها وتدبرتها (٢) . فالارادة الأخلاقية تضع الفروق والتمييزات بين الأسباب وبين النتائج (٣) ، وذلك لأن الفرد قد يكون مصدر فاعلية غير خاضعة لسيطرته ولا يستطيع أن يكون هو نفسه مصدرها (٤) . ولهذا لزم قبل توجيه اللوم أو المدح أن نتسأل : هل فعل الفرد الفعل حقيقة أو أنه كان مجرد أداة مر بها الفعل فأصبح حدثاً ؟ وهل كانت نتائج الفعل حاضرة فى ذهنه وتقديره (٥) ؟

١٠٤ — **وأما مقولة القصد والرفاهية** ، ففحواها أن الارادة الذاتية تقصد بفعلها ارضاء خاصية الذات بتحقيق وضع كلى هو الرفاهية (٦) . فمن حق الذات أن تجد فى فعلها ارضاء لها ، وتحقيقاً لرفاهيتها (٧) . ولما كان أساس ذلك أن الذات موجود حر ، فان القصد المتجه إلى تحقيق الرفاهية الخاصة لا يمكن أن يبرر فعلا ينقض ذلك الأساس ويخالف القانون ، حتى إذا كان متجهاً إلى تحقيق رفاهية الغير فى نفس الوقت (٨) . الا أنه فى حالة تعرض الوجود الشخصى للخطر وتعارضه مع ملكية الغير

---

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل — م.ف.ق. ، ف ١١٧ ص ١٥٠ — ١٥١ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل — م.ف.ق. ، ف ١١٨ ص ١٥١ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل — م. ف. ق. ، ملاحظات ف ١١٥ ص ١٥٠ ، ف ١١٨ وملاحظاتها ص ١٥٠ — ١٥١ .

(٤) ، (٥) أنظر فى ذلك ، الديدى — المرجع السابق ص ١٤٦ .

(٦) أنظر فى ذلك ، الديدى — المرجع السابق ص ١٤٧ ، ١٤٨ . هيجل — مبادىء فلسفة القانون ف ١٢١ ص ١٥٤ ، ف ١٢٣ ص ١٥٥ .

(٧) أنظر فى ذلك ، هيجل — م.ف.ق. ، ف ١٢١ ص١٥٥ ، ملاحظات ف ١٢٤ ص ١٥٦

(٨) أنظر فى ذلك ، هيجل — م. ف. ق. ، ف ١٢٦ وملاحظاتها ص ١٥٨ — ١٥٩ ، ف ١٢٣ ص ١٥٥ .

القانونية ، فانه يحق دفع ذلك الخطر ، إذ نكون بين اخلال لا محدود بالموجود الحر وبين تقييد محدود للحرية (١) . وهذا ما يكشف عن أن كلا من القانون والرفاهية محدود غير حتمى . ولهذا ، ووفقاً لخط السير الجدلى من المحدود إلى اللامحدود ، لزم تجاوزهما والانتقال منهما إلى الخير باعتباره الكلى الكامل وإلى اليقين الاخلاقى باعتباره الذاتية غير المحدودة التى تحدد مضمونها داخل نفسها (٢) .

١٠٥ – **وأما مقولة الخير واليقين الاخلاقى** ، ففحواها أن الارادة الذاتية يجب أن تستهدف ما هو خير طبقاً ليقينها الاخلاقى . فالخير هو الفكرة التى يتحد فيها تصور الارادة والارادة الفردية (٣) . ولا يكون للارادة من قيمة الا بتوافق مقصدها وتقديرها مع الخير الذى يجب أن يكون جوهرها وغايتها ، والذى يجب أن تحققه بوصفه كذلك (٤) . ومن حق الارادة الذاتية أن ما يجب أن تعتبره صحيحاً يكون وفقاً لتقديرها خيراً (٥) . وهذا الخير لا يكون الا فى الفكر وبالفكر (٦). كما يعد بالنسبة للارادة الذاتية واجباً مجرداً لا مضمون له (٧) . وازاء هذه الفكرة المجردة للخير والواجب فان تحديد ما هو خير وما هو واجب يرجع

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل – م.ف. ق. ، ف ١٢٧ ص ١٥٩ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل – م.ف.ق. ، ف ١٢٨ ص ١٦٠ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل – م.ف.ق. ، ف ١٢٩ ص ١٦١ .

(٤) أنظر فى ذلك ، هيجل – م.ف.ق. ، ف ١٣١ ص ١٦٢ .

(٥) أنظر فى ذلك ، هيجل – م.ف.ق. ، ف ١٣٢ ص ١٦٢ .

(٦) أنظر فى ذلك ، هيجل – م.ف.ق. ، ملاحظات ف ١٣٢ ص ١٦٢ .

(٧) أنظر فى ذلك ، هيجل – م. ف. ق. ، ف ١٣٣ – ١٣٥ ص ١٦٥ – ١٦٦. الديدى – المرجع السابق ص ١٤٩ – ١٥٠ .

إلى اليقين الاخلاقى ، الذى يكون ، ونحن على مستوى الأخلاق الذاتية ، يقيناً ذاتياً ، يقيناً لا محدوداً بالذات (١) . هذا اليقين الذى يعبر عن أن الشعور بالذات له أن يعرف بنفسه ولنفسه ما يكون حقاً وما يكون واجباً كما أن له ألا يعترف الا بما يعرف أنه خير (٢) . الا أن ذلك اليقين الذاتى يبطل أى تحديد ثابت للحق والواجب (٣) ، كما يتعرض لأن يقع فى الشر (٤) . فكل من الشر والأخلاق يجد جذوره فى اليقين الذاتى الذى يوجد لذاته ويقرر لذاته (٥) . ذلك ان الذاتية هى موطن الأهواء ، وعنها تصدر أكثر التحديدات تناقضاً (٦) . ولهذا فان ذلك اليقين الذاتى لا يعدو أن يكون يقيناً اخلاقياً شكلياً أو صورياً (٧) . أما اليقين الاخلاقى الحقيقى فهو الاستعداد الأخلاقى الموضوعى ، الذى تكون له مبادىء ثابتة هى التحديدات الموضوعية (٨) ، والذى لا يتحقق الا على مستوى الأخلاق الموضوعية الذى ننتقل اليه .

١٠٦ — **المستوى الثالث : الأخلاق الموضوعية** (٩) : تنبع الأخلاق الموضوعية من روح الجماعة التى تعد جوهراً أخلاقياً (١٠)، والتى تتجسد

---

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل — م. ف.ق. ، ف ١٣٧ ص ١٦٧ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل—م.ف.ق. ، ملاحظات ف ١٣٧ ص ١٦٨ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل — مبادىء م. ف. ق. ، ف ١٣٨ ص ١٦٩ .

(٤) أنظر فى ذلك ، هيجل— م.ف.ق. ، ف١٣٩ ص ١٧٠ .الديدى—المرجع السابق ص١٥٠

(٥) أنظر فى ذلك ، هيجل— م.ف.ق. ، ملاحظات ف ١٣٩ ص ١٧٠

(٦) أنظر فى ذلك ، شاتليه — المرجع السابق ص١٨١ .

(٧) أنظر فى ذلك ، هيجل — م. ف. ق. ، ملاحظات ف ١٣٩ ص ١٦٩ .

(٨) أنظر فى ذلك ، هيجل — م.ف.ق. ، ف ١٣٧ ص ١٦٧ ، ملاحظاتها ص ١٦٩ .

(٩) أنظر ، ماسبتيول — البحث السابق ص ١٠٢ ، ١٠٦ — ١٢٤ . فريدمان — المرجع السابق ص ١٦٨ — ١٧٠ . شاتليه — المرجع السابق ص ١٨٣ — ١٩٥ .

(١٠) أنظر فى ذلك ، هيجل — م ف. ق. ، ف ١٥٦ ص ١٩٧ .

فى القوانين والأنظمة القائمة فى ذاتها ولذاتها (١) . وللأخلاق الموضوعية طابع عقلى (٢) ومضمون ثابت يعلو على الرأى الذاتى والمشيئة الذاتية (٣) . وبالنسبة للذات تكون لذلك الجوهر الأخلاقى ، لقوانينه وما يمثله ، سلطة مطلقة لا محدودة (٤) . الا أن تلك القوانين والأنظمة لا تكون أجنبية عن الذات ، إذ أنها تتلقى منها الاعتراف بروحيتها باعتبارها جوهرها الخالص ، كما أنها تحيى فيها كعنصر لا ينفصل عنها ، بحيث تقوم هوية بين كيان الأخلاق الموضوعية والحياة الواقعية للوعى بالذات (٥) . وبذلك ترتبط الذات بجوهرها ، ولا تعود مجرد ما كانت عليه فى مستوى الأخلاق الذاتية حيث انفصلت عن جوهرها ولم تستطع أن تكتشف سوى خواء أو فراغ ذاتيتها (٦) .

١٠٧ — وتعد الأخلاق الموضوعية مركب الموضوع الذى يتآلف فيه النقيضان : القانون المجرد والأخلاق الذاتية . فالقانون المجرد قانون فى ذاته تنقصه خاصية الذات . والأخلاق الذاتية قانون ذاتى يفتقد واقع القانون فى ذاته (٧) . أما الأخلاق الموضوعية فهى الاستعداد الذاتى للتأثر بالقانون القائم فى ذاته (٨) .

---

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل — م. ف. ق ، ف ١٤٤ ص ١٨٩ — ١٩٠ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل — م. ف. ق ، ف ١٤٥ ص ١٩٠ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل — م ف ق ، ف ١٤٤ ص ١٩٠ .

(٤) أنظر فى ذلك ، هيجل — م ف ق ، ف ١٤٦ ص ١٩٠ .

(٥) أنظر فى ذلك هيجل — م ف ق ، ف١٤٧ وملاحظاتها ص ١٩١ .

(٦) أنظر فى ذلك ، هيبوليت — تقديم مبادىء فلسفة القانون لهيجل ص ٢٢ .

(٧) أنظر فى ذلك ، هيبوليت — تقديم مبادىء فلسفة القانون لهيجل ه ١ ص ٢٢

(٨) أنظر فى ذلك ، هيجل — م ف ق ، ف ١٤١ ص ١٨٨ .

١٠٨ — وتحقق الأخلاق الموضوعية ، التوافق بين تصور الحرية والحقيقة التجريبية (١) . فهي تصور الحرية وقد صار عالماً واقعياً (٢) . ولما كانت الفكرة بالمعنى الهيجلي هي توافق التصور والحقيقة التجريبية (٣) ، فان الأخلاق الموضوعية تنطوى على فكرة الحرية باعتبارها الخير الحى الذى يجد معرفته ومشيئته فى الوعى به ، والذى يصل إلى واقعيته بفعل هذا الوعى وما يزوده به وجود الأخلاق الموضوعية من دافع محرك (٤)

١٠٩ — والحرية التى تحققها الأخلاق الموضوعية ترتبط بالواجب الذى تفرضه هذه الأخلاق . فبالنسبة للفرد تعد قيم الأخلاق الموضوعية ملزمة لارادته (٥) . وإذا كانت هذه الواجبات تبدو كقيد على الذاتية وحرية الاختيار والغرائز الطبيعية ، فالواقع أنها تحرر الفرد من ناحيتين : فهى ، من ناحية ، تحرر الفرد من الخضوع للغرائز الطبيعية ومن الضغط الذى يجد نفسه فيه كذاتية فردية خاضعة للتأمل الأخلاقى لما يجب أن يكون وما هو ممكن . وهى ، من ناحية أخرى ، تحرر الفرد من الذاتية اللامحددة التى لا تصل إلى التعيين الموضوعى للفعل . وبهذا التحرر يصل الفرد إلى الحرية الجوهرية (٦) . ولهذا فان حق الأفراد فى الحرية يتحقق

---

(١) أنظر فى ذلك ، هيبوليت – تقديم مبادىء فلسفة القانون لهيجل ص ٢٢ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل – م ف ق ، ف ١٤٢ ص ١٨٩ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيبوليت – الموضع السابق .

(٤) أنظر فى ذلك ، هيجل – م. ف ق ، ف ١٤٢ ص ١٨٩ .

(٥) أنظر فى ذلك ، هيجل – م ف ق ، ف ١٤٨ ص ١٩١ – ١٩٢ .

(٦) أنظر فى ذلك ، هيجل – م. ف ق ، ف ١٤٩ ص ١٩٢ – ١٩٣ .

بانتمائهم إلى واقع اخلاقى موضوعى ، يجد فيه تأكيد الحرية حقيقته ، كما يجد فيه الأفراد جوهرهم وكليتهم (١) .

١١٠ — وفى اطار الأخلاق الموضوعية تتوافق الارادة الكلية والارادة الفردية ويتطابق الحق والواجب (٢) . فالفردية هى الصيغة الخارجية التى يوجد فيها الواقع الاخلاقى الموضوعى (٣) . هذا الواقع الذى ليس فى ذاته فحسب وانما من خلق الأفراد الذين يخلقونه ويحققونه(٤) ، والذين يكون لهم من الواجبات بقدر ما لهم من حقوق ويكون لهم من الحقوق بقدر ما لهم من الواجبات ، بينما فى اطار القانون المجرد يكون الحق لفرد ويقع الواجب المقابل على فرد آخر (٥) .

١١١ — وتؤلف الأخلاق الموضوعية مثلثاً جدلياً أضلاعه الأسرة التى تعد عنصر الموضوع ، والمجتمع المدنى الذى يعد عنصر نقيض الموضوع والدولة التى تعد مركب الموضوع أو تآلف النقيضين .

١١٢ — **فأما الأسرة** ، فهى الروح الأخلاقية الموضوعية المباشرة أو الطبيعية(٦) . ومن حيث أنها الجوهر المباشر لذلك الروح فانها تستند إلى الشعور (٧) . وتتحدد الأسرة بوحدتها ، التى تعد جوهراً فى ذاته ،

---

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل — م.ف.ق. ، ف ١٥٣ ص ١٩٦ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل — م ف ق ، ف ١٥٥ ص ١٩٧ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل — م ف ق ، ف ١٥٤ ص ص ١٩٦ .

(٤) أنظر فى ذلك ، هيبوليت — الموضع السابق .

(٥) أنظر فى ذلك ، هيجل — م ف ق ، ف ١٥٥ ص ١٩٧ .

(٦) أنظر فى ذلك ، هيجل — م ف ق ، ف ١٥٧ ص ١٩٧ .

(٧) أنظر فى ذلك ، هيجل — م ف ق ، ف ١٥٨ ص ١٩٨ . فريدمان — المرجع السابق السابق ص ١٦٨ . بريمو — المرجع السابق ص ١٥٤ .

والتى بداخلها يعد الفرد مجرد عضو من اعضائها وليس شخصاً لذاته(١)؛ وتتجلى هذه الوحدة فى الزواج وفى ثروة الأسرة . فالزواج الذى يعد أولى مراحل الأسرة قوامه تراضى أشخاص على تكوين شخص يتخلون فى وحدته عن شخصياتهم الطبيعية والفردية (٢) . وثروة الأسرة ملكيتها جماعية لكل عضو فى الأسرة حق فيها ، ولكن ليس له ملكية خاصة (٣) ؛ الا أن هذه الوحدة تنتهى إلى التحلل لتنبثق عنها وحدات أو أسر جديدة ، إذ ببلوغ الأبناء رشدهم تكون لهم شخصية قانونية وأهلية اكتساب أموال خاصة وتكوين أسرة جديدة (٤) .

١١٣ — **وأما المجتمع المدنى** ، الذى تقود اليه الأسرة ، والذى يعد نقيضها فهو جمع من الأعضاء المستقلين داخل كلية شكلية تجمع بينهم بجامع من الحاجات وبواسطة ، دستور قانونى كأداة لحماية الشخص والملكية ، وتنظيم خارجى للحاجات الفردية والجماعية (٥) . ومؤدى ذلك أن مفهوم المجتمع المدنى عند هيجل أوسع من مفهومه السائد الذى يبقى خارج المجتمع المدنى كل ما يتعلق بسلطة الأمر فى المجتمع السياسى (٦) .

---

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل — م ف ق ، ف ١٥٨ ص ١٩٨ . ماسبتيول — البحث السابق ص ١٠٩ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل — م. ف ق ، ف ١٦٢ ص ٢٠٠ . فريدمان — المرجع السابق ص ١٦٨ . ماسبتيول — البحث السابق ص ١٠٨ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل — م ف ق ، ف ١٧١ ص ٢٠٧ . ماسبتيول — البحث السابق ص ١٠٩ .

(٤) أنظر فى ذلك ، هيجل — م ف ق ، ف ١٥٧ ص ١٩٧ ؛ ف ١٧٧ ص ٢١١ .

(٥) أنظر فى ذلك ، هيجل — م ف ق ، ف ١٥٧ ص ١٩٧ — ١٩٨ .

(٦) أنظر فى ذلك ، ماسبتيول — البحث السابق ص ١١٢ . ديلفكيو — المرجع السابق ص ١٣٤ حيث يرى أن هيجل يضفى خطأ على المجتمع المدنى مجموعة من الخصائص القانونية .

ولهذا فان ما يرى فيه هيجل مجرد مجتمع مدنى يقود إلى الدولة ويتوسط بينها وبين الفرد ، يرى فيه سواه دولة لا مجرد مجتمع مدنى (١).

والانتقال إلى المجتمع المدنى من الأسرة يبدأ بالانقسام الطبيعى للأسرة إلى عدة أسر تتصرف كأشخاص مستقلة وتقوم بينها علاقة خارجية . فاللحظات المرتبطة فى وحدة الأسرة يجب أن تحرر وتحصل على واقعها المستقل . ودرجة التميز هذه تعطى تحديداً للخاصية أو الفردية التى تكون لها مع ذلك علاقة بالكلى ، وان كان هذا الكلى لا يوجد الا على نحو شكلى ولا يظهر الا فى الفردى (٢) . وإما أن يتحقق الانتقال إلى المجتمع المدنى بتطور الأسرة إلى شعب أو أمة ، وإما أن يتحقق بتجمع جماعات من الأسر المتفرقة سواء بسلطة شخص أو بالرضاء الحر (٣) .

ويقوم المجتمع المدنى على مبدأين . المبدأ الأول ، أن الشخص العينى هو تجاه نفسه غاية خاصة كمجموع من الحاجات وكمزيج من الضرورة الطبيعية والارادة الاختيارية . والمبدأ الثانى ، أن الشخص المفرد بحسب جوهره تكون له علاقة بالفردية المماثلة لغيره ، بحيث أن كلا منهم يتأكد بالآخر ، وفى نفس الوقت يكون ملزماً بأن يمر بصورة الكلى (٤) .

ويتفرع عن ذلك : أولا ، أنه يسود فى المجتمع المدنى نظام اعتماد

---

(١) أنظر فى ذلك ، فريدمان – المرجع السابق ، ص ١٦٨ . هيبوليت مقدمة لفلسفة التاريخ عند هيجل ، باريس ١٩٤٨ ص ٨٩ . ويلاحظ أن هيجل يصف المجتمع المدنى فى بعض المواضع بأنه دولة خارجية Etat extérieur ، أنظر ، م ف ق ، ف ١٥٧ ص ١٩٨ ، ف ١٨٣ ص ٢١٨ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل – م ف ق ، ف ١٨١ ص ٢١٦ – ٢١٧ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل – م ف ق ، ملاحظات ف ١٨١ ص ٢١٧ .

(٤) أنظر فى ذلك ، هيجل – م ف ق ، ف ١٨٢ ص ٢١٧ – ٢١٨ .

متبادل يجعل معاش الفرد ورفاهيته ووجوده القانونى مقترنين بمعاش ورفاهية ووجود الكل (١) . ثانياً ، أنه من حق الفردية أن تنمو وتمتد فى كافة الوجهات ، ومن حق الكلية أن تستبين باعتبارها الأساس والشكل الضرورى للفردية (٢) . ثالثاً : الفرد أن كعضو فى المجتمع المدنى هو شخص خاص هدفه مصلحته الخاصة (٣) . رابعاً أن الفرد لا يمكن أن يصل إلى هدفه الا إذا حدد معرفته وارادته وفعله طبقاً للصورة الكلية وتحول إلى حلقة من الحلقات التى تكون ذلك المجموع (٤) . خامساً : أن كل عمل خاص هو عمل عام ، إذ ببحث كل فرد عن مصلحته الخاصة يسهم فى الحيز العام (٥) .

ويتضمن المجتمع المدنى ثلاثة أنظمة : الأول نظام الحاجات ، والثانى نظام العدالة ، والثالث نظام الادارة والنقابات .

وفيما يتعلق بنظام الحاجات ، فان محوره اشباع حاجة الفرد بعمله وعمل سواه المشبع لحاجات الكل (٦) . وهو يظهر ما تفرضه الطبيعة من عدم مساواة بين الأفراد ، بل ويرفعها إلى عدم مساواة فى القدرات والثروة والثقافة الذهنية والخلقية (٧) . وتبعاً لتفرع ذلك النظام إلى أنظمة

---

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل – م ف ق ، ف ١٨٣ ص ٢١٨ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل – م ف ق ، ف ١٨٤ ص ٢١٨ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل – م ف ق ، ف ١٨٧ ص ٢٢١ .

(٤) أنظر فى ذلك ، هيجل . م ف ق ، ف ١٨٧ ف ٢٢١ .

(٥) أنظر فى ذلك ، شاتليه – المرجع السابق ص ١٨٤ – ١٨٥ .

(٦) أنظر فى ذلك ، هيجل – م ف ق ، ف ١٨٨ ص ٢٢٣ .

(٧) أنظر فى ذلك ، هيجل – م ف ق ، ف ٢٠٠ وملاحظاتها ص٢٢٩ – ٣٠٠ . ماسبتيول – البحث السابق ص ١١٣ .

نوعية ، يتوزع الأفراد على طبقات ثلاث : الطبقة الزراعية ، والطبقة الصناعية ، والطبقة العامة (١) .

وفيما يتعلق بنظام العدالة ، فانه يحقق العنصر الكلى للحرية ويحمى الملكية (٢) . ويقوم هذا النظام على أساس أن الفرد شخص كلى ، وأن الانسان له قيمته لأنه انسان (٣) . وقانون هذا النظام هو القانون الوضعى بوجه عام (٤) . الذى تطبقه سلطة عامة هى المحاكم (٥) .

وفيما يتعلق بنظام الادارة والنقابات ، فانه يحقق ضمان المصالح الخاصة باعتبارها مصالح مشتركة (٦) ، كما يؤمن السكنية ويكفل الرفاهية (٧) . ومجال النقابات هو الطبقة الصناعية(٨) ، ومهمتها تدبير مصالحها الداخلية تحت اشراف السلطة العامة (٩) . وهى تعد ، بجانب الأسرة ، الجذر الأخلاقى الثانى للدولة ، (١٠) التى يؤدى اليها المجتمع المدنى (١١) .

---

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق . ف ٢٠١ ص ٢٣٠ ، ف ٢٠٣ - ٢٠٥ ص٢٣١ - ٢٣٣.

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل - م.ف ق ، ف ١٨٨ ص ٢٢٣ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل - م. ف ق ، ملاحظات ف ٢٠٩ ص ٢٣٦ . ماسبتيول - البحث السابق ص ١٤٤ .

(٤) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ٢١١ ص ٢٣٧ .

(٥) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ٢١٩ ، ص ٢٤٦ .

(٦) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ١٨٨ ص ٢٢٣ .

(٧) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ٢٣٠ ص ص٢٥٤ ، ماسبتيول - البحث السابق ص ١١٥ - ١١٦ .

(٨) أنظر فى ذلك ، هيجل م ف ق ، ف ٢٥٠ ص ٢٦٥ .

(٩) أنظر فى ذلك ، هيجل . هيجل - م ف ق ، ف ٢٥٢ ص ٢٦٥ - ٢٦٦ .

(١٠) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ٢٥٥ ص ٢٦٨ .

(١١) أنظر فى ذلك ، هيجل - م. ف ق ، ف ٢٥٦ صد ٢٦٨ - ٢٦٩ .

١١٤ – **وأما الدولة** ، التى يقود اليها جدلياً المجتمع المدنى ، والتى تعد مركب موضوع يؤلف بينه وبين نقيضه الأسرة ، فالواقع أنها الأصل الذى بداخله تتطور الأسرة إلى مجتمع مدنى ليست الدولة نتيجته وانما أساسه(١)، فمركب الموضوع وحده موجودة سلفاً قبل عنصريها (٢) ، وان كنا نصل اليها جدلياً عن طريق هذين العنصرين . ولما كانت الدولة هى ذلك الشمول العضوى الذى تتبعنا الجدل الهيجلى لنصل اليه ، لهذا لزم أن نقف من الدولة وقفة متمعنة .

والدولة ، كما يقول هيجل ، هى الحقيقة الواقعة للأخلاق الموضوعية ، أو للارادة الجوهرية التى تعرف نفسها وتفكر فى نفسها وتحقق ما تعرفه لأنها تعرفه (٣) . ولهذا فان الدولة هى المعقول فى ذاته ولذاته (٤)، ومن ثمة فان الفرد يجد فى ارادتها التعبير عن ارادته المعقولة (٥): ومن حيث المضمون فان المعقولية تتمثل فى وحدة الارادة الموضوعية أى الارادة العامة الجوهرية والارادة الذاتية باعتبارها وعياً فردياً وارادة تتجه إلى غايات خاصة . ومن حيث الشكل ، فان تلك المعقولية تتمثل فى سلوك يتحدد طبقاً لقوانين ومبادىء فكرية ومن ثمة كلية (٦) .

وإذا كان الفرد يتوسط فى وجود الدولة بوعيه ومعرفته ونشاطه ،

---

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل – م ف ق ، ملاحظات ١٥٦ ص ٢٦٩ .

(٢) أنظر فى ذلك ، الديدى المرجع السابق ص ٤٦ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل – م ف ق ، ف ٢٥٧ ص ٢٧٠ .

(٤) أنظر فى ذلك هيجل – م ف ق ، ف ٢٥٨ ص ٢٧٠ .

(٥) أنظر فى ذلك ، بريمو – المرجع السابق ص ١٥٥ .

(٦) أنظر فى ذلك ، هيجل – م ف ـــ، ملاحظات ف ٢٥٨ ص ٢٧١ .

فانه بالمقابلة يجد حريته الجوهرية فى الانتماء إلى الدولة باعتبارها جوهره وهدف وثمرة نشاطه (١) . فبقدر ما يعرف الفرد الكلى ويستهدفه ويريده ، فانه يجد حريته فى الدولة التى لا تكون مجرد صورة لحياة مشتركة يجب أن تتقيد فيها حرية الكل ، وانما تعد التحقيق الوحيد للحرية (٢) . هذه هذه الحرية التى تتمثل فى التوافق مع الطبيعة العميقة للأشياء ، والتى تعد مركب موضوع من الحرية بمعناها العادى والضرورة (٣) .

وتعد الدولة غاية خالصة مطلقة وثابتة لها حق مطلق على الأفراد الذين واجبهم الأسمى أن يكونوا أعضاء فيها (٤) . فليس الاستقرار وحماية الملكية الشخصية وتحقيق مصالح الأفراد هو الهدف الأسمى من انتمائهم إلى الدولة . وفى هذا تختلف الدولة عن المجتمع المدنى (٥) .

والحرية التى تعد الدولة حقيقتها الواقعة هى حرية عينية لها جانبان : الأول هو أن فردية الشخص ومصالحه الخاصة تلقى كامل نموها ويعترف بما لها من حقوق لذاتها داخل نظام الأسرة والمجتمع المدنى . والثانى ، هو أن مصالح الأفراد الخاصة تندمج فى نفس الوقت فى المصلحة العامة التى يعترفون عن وعى وارداة بأنها جوهر روحهم ويعملون من أجلها باعتبارها الغاية النهائية . وينبنى على ذلك أنه ، لا الكلى يمكن أن تكون

---

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل – م ف ق ، ف ٢٥٧ ص ٢٧٠ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ماسبتيول – البحث السابق ص ١١٧ حيث أشار إلى مؤلف هيجل عن العقل فى التاريخ ص ١٣٥ .

(٣) أنظر فى ذلك ماسبتيول – البحث السابق هـ ١ ص ١١٧ . الديدى – المرجع السابق ص ٧٥ .

(٤) أنظر فى ذلك ، هيجل – م ف ق ، ف ٢٥٨ ص ٢٧٠ .

(٥) أنظر فى ذلك ، هيجل – م ف ق ، ملاحظات ف ٢٥٨ ص ٢٧١ .

له قيمة أو يتحقق بدون المصلحة الخاصة والوعى والارادة ، ولا الأفراد يمكن أن يعيشوا كأشخاص خاصة تتجه فقط إلى مصالحها دون أن تريد ما هو كلى . ومبدأ الدولة الحديثة له من القوة والعمق ما يتيح للذاتية أن تتحقق مع الحفاظ على الوحدة الجوهرية (١) . فهذه الدولة هى مجال التوافق بين الكلى والخاص ، إذ يتم عبرها اكتمال الفرد الذى تتوافق مصلحته الخاصة مع المصلحة العامة فى اطار التنظيم العقلى للحرية(٢) .

وإذا كانت الدولة تعد فى مواجهة المصالح الخاصة والأسرة والمجتمع المدنى سلطة أعلى تخضع لها قوانينها ، فالواقع أن الدولة تستمد قوتها من وحدة الغاية النهائية الكلية والمصالح الخاصة للأفراد.هذه الوحدة التى تتجلى فى أنه يقع على الأفراد من الواجبات بقدر ما يكون لهم من الحقوق (٣) . فالفرد يجب أن يجد فى قيامه بواجباته مصلحته الخاصة وارضاء ذاته ، كما يحق له بمقتضى مركزه فى الدولة أن يكون الشىء العام شيئه الخاص . فالحقيقة ، أن المصلحة الخاصة لا يجب أن تهمل أو ترد وانما تتوافق مع المصلحة العامة ، وأن الفرد الذى يكون ذاتاً بما يقع عليه من واجبات يجد فى قيامه بها كمواطن حماية شخصه وملكه ورعاية مصلحته الخاصة وارضاء جوهره ، كما يجد أيضاً عزته كعضو فى الكل (٤) .

وترتكز الدولة على شعورين . الأول ، شعور سياسى ، هو الوطنية ، هو الثقة بأن مصلحة الفرد الخاصة والجوهرية مصانة محفوظة ضمن مصلحة

---

(١) انظر فى ذلك ، هيجل – م ف ق ، ف ٢٦ ص ٢٧٧ – ٢٧٨ . بريمو – المرجع السابق ص ١٥٥ .

(٢) أنظر فى ذلك ، بريمو – المرجع السابق ١٥٥ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل – م ف ق ، ف ٢٦١ ص ٢٨٧ .

(٤) أنظر فى ذلك ، هيجل – م ف ق ، ملاحظات ف ٢٦٤ ص ٢٧٩ – ٢٨٠ .

الدولة وأهدافها(١) . فلا يقصد بالوطنية هنا الاستعداد للتضحية والقيام بما هو غير عادى ، وانما الاستعداد إلى اعتبار الحياة الجماعية داخل الدولة كأساس جوهرى وكهدف (٢) . والثانى ، شعور مدنى يتلقى مضمونه من الأوجه المختلفة للتنظيم العضوى للدولة الذى يحدده دستورها السياسى (٣) .

١١٥ — والدولة التى يصدق عليها ذلك هى الدولة العقلانية الدستورية الملكية ذات الجهاز الادارى المتخصص والتى ينظم فيها الشعب داخل قطاعات بحسب نشاطه المهنى ووضعه الجغرافى (٤).

فهى ، من ناحية ، دولة عقلانية تجسد الارادة العاقلة لا ارادة العامة التى يجب أن يجرى تعقيلها داخل النقابات والطوائف، بحيث يكون التمثيل التشريعى لهذه النقابات والطوائف لا للعامة . وبذلك يستبعد هيجل النظام الديمقراطى والانتخاب العام (٥) .

وهى ، من ناحية ثانية ، دولة دستورية تتجلى قدرتها فى دستورها الذى يتضمن الحدود التى تمكن الارادة العقلية من أن تتجلى فتدرك ذاتها وعياً وفهماً ، كما تمكنها من أن تتوطد فى الواقع وتحافظ على نفسها فيه

---

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل — م ف ق، ف ٢٦٨ ص ٢٨٢ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل — م ف ق، ملاحظات ف ٢٦٨ ص ٢٨٣ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل — م ف ق، ف ٢٦٩ ص ٢٨٣ — ٢٨٤ .

(٤) أنظر فى ذلك ، شاتليه ص ١٨٩ — ١٩٢ حيث أشار إلى مؤلف ثايل عن هيجل والدولة ٥٦ .

(٥) أنظر فى ذلك ، بريمو — المرجع السابق ص ١٥٥ — ١٥٦ . فريدمان — المرجع السابق ص ١٦٩ .

بأن تحمى ذاتها من الذاتية الجائرة سواء أكانت ذاتية الحكومة أو ذاتية الأفراد (١) .

وهى ، من ناحية ثالثة ، دولة ملكية تتجسد سيادتها فى فرد هو هو الملك . ذلك أن شخصية الدولة وذاتيتها وفرديتها لا تكون واقعية إلا إذا تجسدت فى شخص، فى ذات، فى فرد، هو الملك (٢) . ويجب عدم الخلط بين هذه الملكية وبين الحكم الاستبدادى الشرقى والنظام السائد فى العصر الاقطاعى . ويكمن الفرق بين تلك الأشكال وبين الملكية الحقيقية فى مبادىء الحقوق ، التى تجد فى قدرة الدولة حقيقتها وضمانها ، والتى نمت فى المجالات السابقة أى فى نطاق الحرية والملكية والمجتمع المدنى والبلديات والنشاطات المنسقة كما تنظمها القوانين والسلطات المختصة (٣) .

وهى ، من ناحية رابعة ، دولة ذات جهاز ادارى متخصص هو جهاز الحكومة التى يختار لها الحكام على أساس الكفاءة ، لأن الكلى اختصاص يمارسه من أعدته كفاءته له (٤) . ويتولى ذلك الجهاز اصدار القرارات بالاتفاق مع الملك ، الذى ليس أساس القرارات الهامة فى الدولة بل هو مآل لها (٥) . وإذا كانت هذه الدولة مركزية فى ادارتها مركزية شديدة ،

(١) أنظر فى ذلك ، شاتليه – المرجع السابق ص ١٨٨ – ١٨٩ حيث أشار إلى وجيز موسوعة العلوم الفلسفية لهيجل ف ٢٨٢ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل – م ف ق ، ف ٢٧٩ وملاحظاتها ص ٣١٠ . شاتليه – المرجع السابق ص ١٩٠

(٣) أنظر فى ذلك ، شاتليه – المرجع السابق ص ١٩٠ حيث أشار إلى وجيز موسوعة العلوم الفلسفية لهيجل ف ٢٨٧ .

(٤) أنظر فى ذلك ، شاتليه – المرجع السابق ص ١٩١ .

(٥) أنظر فى ذلك ، فلايشمان – فلسفة هيجل السياسية ، باريس ١٩٦٤ ، ٣٠٦ .

فانها لا مركزية على نطاق واسع فيما يتعلق بالمصالح الاقتصادية (١) . فالمصالح الخاصة للجماعات تدار داخل المنظمات الحرفية والبلديات والنقابات والطبقات الأخرى بواسطة سلطاتها (٢) .

وهى ، من ناحية خامسة ، دولة ينظم فيها الشعب فى قطاعات بحسب نشاطه المهنى أو وضعه الجغرافى . ويعين الشعب المنظم داخل هذه القطاعات ممثلين مكلفين فى نفس الوقت بأن يسوسوا المصالح الخاصة وبأن يضمنوا حقوقهم حيال الاداريين . ووجود البلديات والمنظمات الحرفية المعترف بها يشكل حائلا دون التحكم الادارى المتحمل (٣) .

١١٦ — والدولة ، بالتحديد الهيجلى المتقدم ، تتنازعها تأويلات متعددة ، شأنها فى ذلك شأن فلسفة هيجل بوجه عام التى تتنازعها الروحانية والمادية ، المثالية والواقعية ، العقلانية واللاعقلانية ، التحررية والاستبدادية ، التقدمية والرجعية (٤) .

فمن ناحية ، يرى البعض أن دولة هيجل ليست استبدادية . فالمصلحة العامة التى تعد هذه الدولة مجالها لا تتحقق بدون رعاية المصلحة الخاصة . ومن الخطأ تشبيه دولة هيجل بدولة افلاطون ، إذ أن هيجل لا يضحى بارادة الفرد من أجل ارادة الدولة ، وانما يجعل لارادة الفرد قيمة مطلقة بشرط الا تكون مجرد اندفاع هوائى بل ارادة حقيقية أى عقلانية ،

---

(١) أنظر فى ذلك . شاتليه — المرجع السابق ص ١٨٩ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل — م.ف.ق ، ف ٢٨٨ ص ٣٢١ — ٣٢٢ .

(٣) أنظر فى ذلك ، شاتليه — المرجع السابق ص ١٩٢ .

(٤) أنظر فى ذلك ، الديدى — المرجع السابق ص ١١٣ ، ١١٦ .

إذ عندئذ تكون متوافقة مع ارادة الدولة (١) . وعلى العكس من ذلك يرى البعض أن دولة هيجل تتميز بخضوع الأفراد المطلق ، وأنها تتحدد بالاستقلال الكامل عن القانون الذى يكون شكلياً مجرداً عن أى مضمون حقيقى ، ومن ثمة لا يعدو أن يكون فائدة الدولة . ومادامت الدولة تختلط بالطبيعة والأخلاق فانها تتأله بحيث تجب عبادتها كتجسيد للالوهية على الأرض (٢) .

ومن ناحية أخرى ، يرى البعض أن دولة هيجل تتبدى لا فى شكل دولة بورجوازية فحسب ولكن كدولة ملكية بروسية ، بحيث تكون نظريته فى الدولة دفاعاً وتمجيداً للدولة البروسية بسيطرتها ونظامها الملكى الاستبدادى (٣) . وعلى العكس من ذلك يرى البعض أن هيجل كان ليبراليا ، وأنه من الخطأ فهم الواقعية الهيجلية على أنها دفاع عن الأمر الواقع أى عن الملكية البروسية المسيطرة فى ألمانيا وعن الحلف المقدس (٤) . فالدولة كما يراها هيجل ليست الدولة التاريخية كما تحققت فى عصر معين وبلد معين ، وانما هى فكرة الدولة والمبدأ الفلسفى الذى يحركها ، وان كان بعض ما ذكره أقرب إلى ما يمكن ملاحظته فى الحياة السياسية

---

(١) أنظر فى ذلك ، باش – المذاهب السياسية لفلاسفة المانيا التقليديين ، ١٩٢٧ ص ٢٩٩

(٢) أنظر فى ذلك ، جيرفيتش – فكره القانون الاجتماعى ص ٤٣٠ ومابعدها

(٣) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو – المرجع السابق ص ١٣٥ . جيرفيتش – الجدلية وعلم الاجتماع ص ٩٤ . الديدى – المرجع السابق ص ٥٢ ، ١١٦ .

(٤) أنظر فى ذلك شاتليه – المرجع السابق ص١٨٦. فيللى – دروس فى تاريخ فلسفةالقانون. باريس ١٩٥٧ ص٤٠٢ . ليفى بريل – نظرية الدولة عند هيجل ، أعمال أكاديمية العلوم الأخلاقيه والسايسية ج ٣٣ ص ١٦ وما بعدها . أشار اليه ماسبتيول فى بحثه السابق الإشارة اليه ١٢١ .

الواقعة (١) . كذلك فان دفاع هيجل عن الدولة الحديثة المرتكزة على المركزية الحكومية والادارية ، وعلى اختصاص الاداريين ، وعلى ضمان حرية المواطنين الخاصة ، يعارض الدول القائمة حينذاك ، التى إذا كانت فيها بعض أوجه الدولة الحقيقية ، فان هذه الأوجه لم تعرف على هذا النحو لا من الحاكمين ولا من المحكومين ، ومهمة النظرية السياسية هى الكشف عن هذه الأوجه كما هى وكما يجب أن تعرف (٢) .

تطبيقات المذهب الهيجلى :

١١٧ — إلى جانب ما تنطوى عليه الهيجلية الحديثة "Neo Hegelisme" من تطبيقات فكرية للمذهب الهيجلى (٣) ، وجد هذا المذهب تطبيقاً فعلياً فى الفاشية Fascisme ، كما وجد تطبيقاً جزئياً فى النازية التى تصف نفسها بالقومية الاشتراكية « National-Socialiste » . فهى الهيجلية التى أوحت بالفاشية ، كما أوحت جزئياً بالنازية (٤) .

١١٨ — **فأما الفاشية** (٥) ، ففحواها أن الفرد لا يعد علة وجود

---

(١) أنظر فى ذلك ، ماسيتبول — البحث السابق ص ١١٨ .

(٢) أنظر فى ذلك ، شاتليه — المرجع السابق ص ١٨٧ .

(٣) أنظر فى ذلك ، فريدمان — المرجع السابق ص ١٧٤ — ١٧٥ .

(٤) أنظر فى ذلك ، بريمو — المرجع سابق ١٥٨ ، ١٦٥ ، ١٦٧ فريدمان — المرجع السابق ١٧٠

(٥) أنظر فى الفاشية

Breillat - Milhaud — Les Libertés publiques dans l'Italie fasciste, Sirey 1939. Prelot — L'empire fasciste, 1936 — La théorie de l'Etat dant le droit fasciste, Mélanges Carré de Malberg, Sirey 1933. Reale — L'italie, Paris 1934. Waline — L'individualisme et le droir 2e éd. p. 57-63. Brimo — op. cit. p. 167.

مصطفى أبوزيد — فى الحرية والإشتراكية والوحده، الإسكندرية ١٩٦٦ ف١١٧ — ١١٩٠ .
هارولد لاسكى — تأملات فى ثورات العصر ، ترجمة عبد الكريم أحمد ص ١١٦ وبعدها .

المجتمع وانما أداة لتحقيق عظمة ومجد المجتمع القوى (١) ، الذى لا يخلق الدولة بل تخلقه الدولة (٢) ، والذى تتجاوز عظمته ومصيره ومصالحه عظمة ومصير ومصالح أفراده فى وقت من الأوقات (٣). فالدولة ، التى تمثل الاستمرار المعنوى للأمة فى التاريخ ، والتى بدونها لا توجد أمة حقيقية (٤) ، باقية بينما الفرد فان . ولهذا ، فان الجماعة تعلو على الفرد ، الذى لا يوجد الا للجماعة ، والذى كونته الجماعة لنفسها (٥) . ولهذا ، أيضاً ، فان هدف القانون لا يكون الفرد وانما الدولة (٦) ، وان كانت مصلحة الفرد لا يمكن أن تنفصل عن مصللة الدولة (٧) .

١١٩ — وتقوم الفاشية على شعور غريزى بالدولة ، أى بالوحدة المعنوية والاجتماعية للشعب التى تعبر عنها وتجسدها الدولة (٨) . فالدولة هى روح الشعب والشعب هو جسد الدولة ، ومن ثمة فان الشعب هو الدولة والدولة هى الشعب (٩) . ولا يقف الاحساس بالدولة عند أنها حقيقة واقعة قائمة بذاتها تنمو خلال أحقاب التاريخ كشكل حتمى للوجود(١٠) ، وانما يمتد إلى الاحساس بأنها أقرب إلى الفرد من نفسه (١١) .

(١) أنظر فى ذلك ، فالين المرجع السابق ص٦٢ .
(٢) أنظر فى ذلك بريات . — ميلو — المرجع السابق ص ٢٣ .
(٣) أنظر فى ذلك ، فالين — المرجع السابق ص ٦٢ .
(٤) أنظر فى ذلك ، ر يالى — المرجع السابق ص ٦١ .
(٥) أنظر فى ذلك ، أبوزيد — المرجع السابق ف ١١٩ ص ١٥٢ .
(٦) أنظر فى ذلك ، فالين — المرجع السابق ص ٦٣ . أبوزيد — المرجع السابق ص١٥٩ .
(٧) أنظر فى ذلك ، فالين — المرجع السابق ص ٦٣ .
(٨) أنظر فى ذلك ، بريات — ميلو — المرجع السابق ص ٢٢ .
(٩) أنظر فى ذلك ، بريمو — المرجع السابق ص ١٦٧ .
(١٠) أنظر فى ذلك ، أبوزيد — المرجع السابق ف ١٢٢ ص ١٥٥ .
(١١) أنظر فى ذلك ، بريمو — المرجع السابق ص ١٦٧ .

١٢٠ — وتصل الفاشية بالدولة إلى حد أن تجعل السيادة لها لا للأمة (١)، وأن ترد اليها كل شيء . «فكل شيء في الدولة ولا شيء خارجها ولا شيء ضدها (٢) . ولهذا يكون للدولة أن تتدخل في كل شيء ، كما لا يكون هناك ما يقف في مواجهتها أو يقيد حريتها (٣) . وما من عقل سوى عقل الدولة الذى يكون حاكمه الأوحد « الدوتشى » ، إذ يتجسد فيه الروح القومى (٤) .

١٢١ — وتصور الفاشية الدولة على أنها تحقق الحرية الوحيدة التى يمكن أن تكون جدية ، إذ ما دام الفرد يعيش فى الدولة ، وما دامت الدولة تحميه ، فانه يكون حراً (٥) . فحرية الفرد تكون بأن يحقق نفسه كاملا ، وهذا ما لا يكون الا باندماجه فى الكيان الاجتماعى والنظام السياسى للدولة ، التى لا يفنى فيها الفرد وانما يتضاعف (٦) ، والتى لاتعدو أن تكون الوعى الكلى والارادة الكلية للفرد فى وجوده التاريخى (٧). الا أن حرية الفرد ليست حقاً أعلى من الدولة وانما منحة منها تستهدف بها مصلحتها لأنها تحقق النمو الفردى الذى يعد شرطاً أساسياً للنمو الاجتماعى (٨).

(١) فى ذلك ، أبوزيد — المرجع السابق ص ١٥٣ .

(٢) أنظر ، فالين — المرجع السابق ص ٥٨ . بريمو — المرجع السابق ص ١٦٧ .

(٣) أنظر فى ذلك ، أبوزيد — المرجع السابق ف ١٢٩ ص ١٦١ .

(٤) أنظر فى ذلك ، بريمو — المرجع السابق ص ١٦٧ .

(٥) أنظر فى ذلك ، بريات — ميلو — المرجع السابق ص ٣٤ . أبو زيد — المرجع السابق ص ١٦٠ .

(٦) أنظر فى ذلك ، فالين — المرجع السابق ٦٠ .

(٧) أنظر فى ذلك ، فالين — المرجع السابق ص ٥٩ .

(٨) أنظر فى ذلك ، أبوزيد — المرجع السابق ص ٦٠ — ٦١ .

١٢٢ ـ وتطبيق الفاشية قد أثبت أنها لا تحقق عظمة المجتمع القومى ومجده بقدر ما تحقق ، من ناحية استبداد السلطة ودكتاتورية الحكم (١)، ومن ناحية أخرى التضحية بالأفراد وكبت حريتهم . كذلك أثبت تطبيق الفاشية أن عظمة المجتمع الوطنى لا تقاس بقوة السلطة ، وانما تقاس بوضع الفرد فى الدولة .

١٢٣ – **وأما النازية** (٢) ، فتصبغ فكرة الدولة الهيجلية بصبغة شعبية عنصرية (٣) ترتبط بدعوى تفوق الجنس الآرى النوردى (٤). ففكرة الجماعة البشرية العنصرية تقوم فى النازية مقام فكرة الدولة الهيجلية(٥). والعنصرية التى تقوم على أساسها تلك الفكرة ، ليست فحسب مجموعة

---

(١) أنظر فى ذلك ، بريمو – المرجع السابق ص ١٥٨ ، ١٦٧ .

(٢) أنظر فى النازية :

Bonnard — Le droit et l'Etat dans le National - Socialisme, Pichon 1936. Chevallier — Histoire des grandes œvres politiques des Machiavel à nos jours, Colin 1954. Walter — Le Nalional - Socialisme par les textes, Plon 1963. Martin — Le Notional - Socialiam éd. Latines 1959. Cot — La conception hitlérienne du droit, th. Toulouse 1938. Waline — L'individualisme et le droit 2e éd. p. 64 - 86. Sarwat Anis Al-Assiuty — Genèse et évolution des doctrines philosophiques — Revue Al-Qanoun wal Iqtisad, XXXIII p. 469-493. Brimo — op. cit p. 163-166.

مصطفى أبوزيد فهمى – فى الحرية والإشتراكية والوحده ، الإسكندرية ١٩٦٦ ص ١٦٣–١٧٦ .

(٣) أنظر فى ذلك ، بريمو – المرجع السابق ص ١٦٣ .

(٤) أنظر فى ذلك ، أبوزيد – المرجع السابق ف ١٣٤ ص ١٦٥ . ثروت انيس – البحث السابق ٤٧٣ ومابعدها .

(٥) أنظر فى ذلك ، دى باسكييه – المرجع السابق ف٢٩٨ ص٢٧٦ . أبوزيد – المرجع السابق ص ١٦٥ – ١٧٣ . ثروت انيس – المرجع السابق ف ٤٧٨ ص ٤٧٥ .

من الخصائص الطبيعية الوراثية ، وانما تتكون أيضاً من عناصر نفسية (١). ولهذا فان الجماعة البشرية العنصرية تتكون من عنصرين : عنصر الشعب الذى ينتمى إلى سلالة واحدة أوسلالات متوافقة بحيث تتكون منه أمة واحدة ، وعنصر المجتمع الذى ينظم داخله ذلك الشعب والذى يسود الانسجام بين أفراده إذ يحمل كل منهم نفس الاحساس به وبمصلحته (٢) .

١٢٤ — والفرد ، فى النازية ، لا ينظر اليه الا كعضو فى مجتمع عنصرى . فالفرد المنعزل أسطورة ، إذ أنه لا يظهر فى الطبيعة الا فى وضع اجتماعى . وإذا كان الأفراد الذين ينتمون إلى سلالة عنصرية شرط لقيام المجتمع ، فانهم يعدون أداة هذا المجتمع لتحقيق المصلحة العنصرية التى تفوق وتسود على المصلحة الفردية . ولهذا يسود المجتمع العنصرى على أفراده وتكون مصلحته العنصرية هى غاية القانون والأساس الذى يجب أن يقوم عليه النظام القانونى (٣) .

١٢٥ — وترتب النازية على ذلك أن الانسان لا تكون له شخصية فردية وانما شخصية اجتماعية ، وأنه لا تكون له حقوق شخصية وانما وظائف اجتماعية ، اذ لا قيمة للفرد الا كعضو فى المجتمع . وإذا منح القانون للانسان حرية معينة ، فان ذلك انما يكون لمصلحة المجتمع العنصرى حتى يمكن أن يضع الفرد قواه الخلاقة فى خدمة هذا المجتمع . ولهذا لا يقوم النظام القانونى على أساس المساواة بين الأفراد ، وانما على أساس ضمان

---

(١) أنظر فى ذلك ، بريمو — المرجع السابق ص ١٦٣ — ١٦٤ .

(٢) أنظر فى ذلك ، أبوزيد — المرجع السابق ف ١٣٣ — ١٣٥ ص ١٦٥ — ١٦٦ .

(٣) أنظر فى ذلك ، فالين — المرجع السابق ف ٢٨ ص٦٨ — ٧٢ . بريمو— المرجع السابق ص ١٦٧ . دلاجرساى ولابوردلاكوست — مقدمة عامة لدراسة القانون ف ٤٩ ص ٤١—٤٣

أفضل استخدام للأفراد بحيث يوضع كل فرد فى المركز القانونى الذى يتناسب مع قدراته (١) .

١٢٦ — والسباطة ، فى النازية ، تتركز فى «الفوهور» الذى تتجسد فيه روح الشعب . وهو لا يزاول سلطة فوضها له الشعب وانما يمارس سلطة أصلية تثبت له شخصياً بحكم ما توافر فيه من صفات ذاتية تجعله أقدر الناس على الاحساس بمتطلبات المجتمع الحيوية وقواعد السلوك المحققة لها . وسلطته هذه مطلقة لا يحدها قيد من دستور أو قانون ، إذ هو الفكرة الحية للقانون والمعبر المعصوم عنها (٢) .

١٢٧ — ويؤخذ على النازية كل ما يؤخذ على خرافة التفوق العنصرى التى قامت على أساسها (٣) . كذلك يؤخذ على النازية كل ما يؤخذ على الدكتاتورية والاستبداد اللذين وصلت بهما إلى أقصى ما يمكن أن يصلا اليه . وعلى أساس تلك العنصرية وبكل ثقل ذلك الاستبداد أهدرت النازية قيمة الانسان وجعلته أداة مسخرة لتحقيق مصلحة مزعومة هى الحفاظ على التفوق العنصرى للجنس النوردى .

نقد المذهب الهيجيلى :

١٢٨ — تعرض ما بدأ منه هيجل وما سار فيه وما انتهى اليه فى تحديده لعلاقة الفرد بالدولة وموقف القانون منهما للنقد من عدة أوجه ،

---

(١) أنظر فى ذلك ، فالين — المرجع السابق ف ٢٨ ص ٦٧ — ٧٢ . ثروت انيس — البحث السابق ف ٤٨٣ ص ٤٧٩ ، ف ٤٩٢ — ٤٩٣ ص ٤٨٤ — ٤٨٥ .

(٢) أنظر فى ذلك ، بريمو — المرجع السابق ص ١٦٧ . أبوزيد — المرجع السابق ف ١٣٩ — ١٤٢ ص ١٦٧ — ١٧١ .

(٣) أنظر فى نقد العنصرية ، مصطفى أبوزيد — النظرية العامه للقومية العربية ط ٣ . بيروت ١٩٦٨ ص ١٨ ومابعدها .

منها ما يرجع إلى جدليته التى بنى عليها تحديده لتلك العلاقة وذلك الموقف ، ومنها ما يرجع إلى ما وصل اليه أو يؤدى اليه هذا التحديد .

١٢٩ — (فأولا) ، أخذ على هيجل أن استخدامه للجدلية فى مجال الاجتماع والقانون لا يخلو من مغالطة وتجوز ، كما ينطوى على خلط بين التناقض والمغايرة . فاذا كان الوجود يمكن أن يكون النقيض المنطقى للعدم ، فان العقد ليس النقيض المنطقى للملكية ، كما أن عدم المشروعية ليس تآلف العقد والملكية كنقيضين (١) .

١٣٠ — (وثانياً)، أخذ على هيجل أن منهجه الجدلى يؤدى فى المجال الاجتماعى إلى حجب حقيقة أن أعمال الدولة لا تعدو أن تكون حالات للوجود والنشاط الاجتماعيين للأفراد . وبهذا يأخذ المنهج الجدلى الهيجلى مكانه بعيداً كأبعد ما يكون عن التحليل المنبثق عن علم الاجتماع والتاريخ(٢) .

١٣١ — (وثالثاً)، أخذ على هيجل أنه لم يكن موفقاً فى تطبيق الجدل على مجرى التاريخ ، إذ ينتهى إلى أن عالم الجرمان هو مركب الموضوع من العالم الشرقى والعالم الكلاسيكى وإلى أن برلين هى مركز الأرض (٣) .

١٣٢ — (ورابعاً)، أخذ على هيجل أنه يضع الدولة المثالية العقلية المجردة المزودة بالطابع الروحى فى مقابل المجتمع التاريخى البورجوازى ويرى فى تكامل هذين العنصرين المتقابلين الحل النهائى لكافة المشكلات

---

(١) أنظر فى ذلك ، فريدمان — المرجع السابق ص ١٧٢ — ١٧٣ . بريمو — المرجع السابق ص ١٥٨ .

(٢) أنظر فى ذلك ، جيرفيتش — الجدلية وعلم الاجتماع ص ٩٤ .

(٣) أنظر فى ذلك ، الديدى — المرجع السابق ص ٢٩ .

وأعلى قمة فى حركة الجدل وهى تتبدى فى العالم الاجتماعى . وهذا ما يظهر فشله فى استخدام منهجه الجدلى بصورة شاملة حينما يطبقة فى هذا المجال . ذلك أنه يسمو ويرتفع بالموقف الاجتماعى والتاريخى الذى يريد المحافظة عليه ، وبذلك يسقط من حيث تسود روحانيته السياسية إلى حيث تخيم المادية فى أبشع صورها . فالدولة المجردة المثالية عند هيجل تتبدى لا فى شكل دولة بورجوازية وحسب ولكن كدولة ملكية بروسية (١) .

١٣٣ — (وخامساً) ، أخذ على هيجل أنه لم يبرز أن التوافق بين الحرية الفردية والارادة الجماعية قد تحقق . فهو يقدم لنا الدولة البروسية كتنظيم عقلانى للمجتمع ، ولكنه يقتصر على وصف حالة تاريخية تبدو له كمرحلة أخيرة فى التطور التاريخى الحاضر للدولة ، دون أن يبين أنه فى هذا الحل التاريخى نجد الدليل على صواب تعريفه العقلانى للحرية . فمجرد أن العقل يوجد فى التاريخ لا يستتبع بالضرورة أن التاريخ معقول دائماً (٢) .

١٣٤ — (وسادساً) ، أخذ على هيجل أنه يتصور أن دولته العقلية ستحمى دائماً حرية الفرد (٣) ، وان كان لا يجب عليها أن تحترم الفرد كغاية فى ذاته . فهو يقرر أنه إذا كان الفرد يجب أن يحترم كغاية فى ذاته من غيره من الأفراد ، فانه لا يحترم كذلك من الدولة لأنها جوهره (٤) .

١٣٥ — (وسابعاً) ، أخذ على هيجل أنه ما دامت القوانين من عمل الدولة ، فانها لا تعد بالنسبة لها قوانين بالمعنى العقلى . فهى لا تعد كذلك

---

(١) أنظر فى ذلك . جيرفيتش — المرجع السابق ص ٩٤ .
(٢) أنظر فى ذلك ، بريمو — المرجع السابق ص ١٥٧ .
(٣) أنظر فى ذلك ، فريدمان — المرجع السابق ص ٩٠ .
(٤) أنظر فى ذلك ، هيجل — تاريخ الفلسفة ج ٢ ص ٢٣٢ .

الا بالنسبة لضمائر الأفراد ، أما بالنسبة للدولة فهى مجرد وسائل لها استعمالها أو عدم استعمالها ، ما دام أن لها كل السلطة فى أن تقدر فى كل وقت ما هو حقيقى وما هو زائف ، ما هو نافع وما هو ضار ، ما هو خير وما هو شر (١) .

١٣٦ — (وثامناً)، أخذ على هيجل أن تحقق الحرية انما يكون بالقدرة على استعمالها . وهذه القدرة لا تتوافر إذا كان الفرد مدمجاً فى الدولة بحيث تحيط به احاطة السوار بالمعصم (٢) . فالواقع أن هيجل لم يتغلب على مشكلة التناقض بين السلطة والحرية ، وانما أخفى هذا التناقض تحت ستار نفيه لازدواج الدولة والفرد أو ازدواج المواطن والفرد . هذا الفرد الذى يجب عليه أن يريد الدولة والا كانت ارادته لا معقولة (٣) .

١٣٧ — (وتاسعاً) ، أخذ على هيجل أن دولته تفترض أن الفرد لا يشعر وحسب بتعلقه بالدولة وما تفعله ، وانما يندمج فيها كلية من أعماقه بحيث لا يخطر على الفرد أن له كيان متميز أو أنه كانسان غيره كمواطن . وهذا ما لا يصدق الا نادراً ، وما يحول دون أن ندخل فى عداد الدولة دولا قامت ودولا قائمة (٤) .

١٣٨ — (وعاشراً)، أخذ على هيجل أن الهوية أو التوافق الذى يقيمه بين ارادة الفرد وارادة الدولة ، وما يتصوره من أن ارادة الفرد لا يضحى بها من أجل ارادة الدولة وانما تكون لها قيمة مطلقة بشرط أن تكون ارادة

(١) أنظر فى ذلك ، بريمو — المرجع السابق ص ١٥٧ .

(٢) أنظر فى ذلك ، بريمو — المرجع السابق ١٥٨ .

(٣) أنظر فى ذلك ، فريدمان — المرجع السابق ص ٩٠

(٤) أنظر فى ذلك ، ماسبتيول — البحث السابق ص ١١٩ .

حقيقية عقلانية لأنها عندئذ تكون متوافقة مع ارادة الدولة ، يبدو كافتراض تفائلي لا يؤيده الواقع النفساني ولا يسانده التاريخ (١) . وإذا كان البعض يرى أن افتراض هيجل لذلك ينفي عنه النزعة الاستبدادية (٢)، فالواقع أنه مع تخلف ذلك التوافق المفترض لا يمكن للفرد والمجتمع تفادي الاستبداد الغاشم . والتاريخ يثبت ذلك ، إذ أن أشد الأنظمة استبداداً ودكتاتورية هي التي انبثقت عن المذهب الهيجلي (٣) .

١٣٩ — (وأخيراً) ، أخذ على هيجل أن ما يذهب اليه من أن الفرد يكتشف ذاته الحقيقية العقلانية في الدولة يؤدي ، وأدى فعلا ، إلى تلاشي الفرد في الدولة . يضاف إلى ذلك أن استخدام فكرة «العقلانية» يدخل تحت ستار من المنطق عنصر تقييم يمكن بسهولة أن يساء استخدامه بما يناسب أغراض الحكم المطلق . فتحت هذا الستار أكد هيجل حتمية الملكية الوراثية بمقولة أنها مركب الموضوع من القوة والحرية . هذا من أبرز الأمثلة على اخفاء الرأي السياسي تحت ستار من الفلسفة (٤) .

١٤٠ — لكل ذلك كان لنا أن نستبعد تصوير هيجل للعلاقة بين الفرد والدولة . هذا التصوير الذي يجعل الدولة غاية في ذاتها يجد الفرد في عضويتها وشمولها ذاته الجوهرية ، كما يجد في الخضوع لقوانينها حريته الحقيقية ، ومن ثمة يكون للدولة حق مطلق على الفرد الذي واجبه الاسمى أن يكون عضواً فيها .

---

(١) أنظر في ذلك ، بريمو — المرجع السابق ص ١٥٨ .

(٢) أنظر في ذلك باش — المرجع السابق ص ٣٢٣ .

(٣) أنظر في ذلك، بريمو — المرجع السابق ص ١٥٨ . فيللي — المرجع السابة ص ٤٠٠ .

(٤) أنظر في ذلك ، فريدمان — المرجع السابق ص ١٧١ .

ومن قبل استبعادنا لهذا التصوير استبعدنا التصوير الحيوى أو البيولوجى للعلاقة بين الفرد والمجتمع . هذا التصوير الذى يصل فى صورته المطلقة إلى أنه يجعل من المجتمع كائناً حيوياً عضوياً تسمو جماعيته على ذاتية أفراده الذين يرتبطون به ارتباط الأجزاء بالكل الذى به توجد ومن أجله تعمل (١).

وبذلك نكون قد استبعدنا المذهب الجماعى العضوى بصورتيه الحيوية والروحية ، بعد أن كنا قد استبعدنا المذهب الفردى الذى لا يرى فى الفرد جزءاً من كل وانما كلا قائماً بذاته لا يستمد وجوده من المجتمع وانما تمنحه الطبيعة من الارادة والحرية ما يجعله سيد نفسه ومصيره ، وما المجتمع الا وسيلة للتوفيق بين الانسان والانسان وحماية ما يتمتع به كل انسان من حقوق طبيعية (٢).

بقى أن نحدد موقفنا وموقف من سبقونا إلى استبعاد كل من الفردية والجماعية ، موقفنا وموقفهم من الفرد والمجتمع . وهذا ما سنعرض له فى مطلب ثالث .

المطلب الثالث

مواقف لا فردية ولا جماعية

المواقف التوفيقية والوسطية والمرحلية :

١٤١ — بين الفردية والجماعية وجدت مواقف وسط توفق أو توازن بين الفرد والمجتمع أو تتجاوزهما إلى قيمة ستقطبهما هى الحضارة . كذلك وجدت مواقف مرحلية تختلف نزعتها فى مرحلة أولى عنها فى مرحلة ثانية .

(١) أنظر ماتقدم ف ٧٧ — ٨٣ .
(٢) أنظر ماتقدم ف ٥٨ — ٧٠ .

ولقد حاول البعض اقحام هذه المواقف ، اما فى قالب المذهب الفردى ، واما فى قالب المذهب الجماعى ، وكأن ما من موقف الا ويجب أن يدخل فى أحد هذين القالبين . وهذا ما يؤدى إلى تشويه تلك المواقف وتحميلها بما لا تحتمل . فحتى الموقف الماركسى المرحلى رغم اختلافه فى مرحلة عنه فى الأخرى أريد صبه فى قالب واحد من هذين القالبين (١).

وقد تجنبنا وصف تلك المواقف بأنها مذاهب اجتماعية لما قد يثيره ذلك من لبس مزدوج . فمن ناحية ، قد يوحى هذا الوصف بأنها تقف مع المجتمع ضد الفرد . ومن ناحية أخرى ، قد يوحى هذا الوصف بأنها جميعاً مذاهب اشتراكية لأن هذه توصف بأنها اجتماعية . يضاف إلى ذلك أنه لا ينبغى أن نصب كافة تلك المواقف فى قالب واحد رغم اختلافها ورغم مساوىء القوالب المصبوبة .

ومن تلك المواقف نكتفى بأن نعرض لأبرزها ، ثم نتبع ذلك بعرض موقفنا . ولهذا سنعرض ، أولا لموقف اهرنج من الفرد والمجتمع ، ثانياً ، لموقف ديجى من الفرد والمجتمع ، ثالثاً لموقف الماركسية من الفرد والمجتمع ورابعاً ، لموقفنا من الفرد والمجتمع .

موقف اهرنج من الفرد والمجتمع (٢) :

١٤٢ — ينبع موقف اهرنج من الفرد والمجتمع من تحديده لغاية

---

(١) أنظر فى ذلك ، ر. كابيتان — هوبز والدولة المطلقة ، أرشيف فلسفة القانون س ١٩٣٦ ع ١ — ٢ ص ٧١ .

(٢) أنظر فى ذلك ،

Sarwat Anis Al-Assiuty — Genèse et évolution des doctrines philosophiques, à propos de Jhering et la pensée juridique moderne, Revue "Al Qanoun wal Iqtisad, XXXII, p. 467-483. Friedmann Legal Theory 5th. ed. p. 321-325. Brimo — Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat, Paris 1967 p. 183-187.

القانون . هذه الغاية التى تكمن فى تعريفه للقانون . وإذا رجعنا إلى تراجم هذا التعريف وجدنا تفاوتاً دقيقاً يؤدى إلى اختلاف جوهرى فى تحديد موقفه من الفرد والمجتمع . وهذا التفاوت الدقيق لا نجده فحسب بين ترجمه فقيه لذلك التعريف وترجمة آخر له ، وانما نجده أيضاً بين ترجمتين لمترجم واحد . ولدقة ذلك التفاوت لا نجد بدأ من ايراد تلك الترجمات :

فهذا فريدمان يترجم تعريف اهرنج للقانون إلى الانجليزية كما يلى :

" Law is the sum of the conditions of social life in the widest sense of the terms ". (١)

وهذا بريمو يترجم تعريف اهرنج للقانون بالغاية منه إلى الفرنسية مرة على نحو ومرة على آخر . ففى موضع نقرأ :

" Le but de droit c'est d'assurer les conditions de vie de la société"(٢)

وفى موضع آخر نقرأ :

" Le but du droit est la recherche des conditions de vie en société". (٣)

وهذا الدكتور ثروت انيس يترجم تعريف اهرنج للقانون إلى الفرنسية فى موضوع على نحو وفى موضوع آخر على نحو آخر . ففى موضع نقرأ أن القانون هو :

" l'assurance des conditions de vie en société ". (٤)

بينما فى موضع آخر نقرأ أن اهرنج يعرف القانون مرة بأنه :

" L'assurance des conditions de vie de société ". (٥)

(١) أنظر فى ذلك ، فريدمان – المرجع السابق ص ٣٢٤ .
(٢) أنظر فى ذلك ، بريمو – المرجع السابق ص ١٨٥ .
(٣) أنظر فى ذلك ، بريمو – المرجع السابق ص ١٨٥ .
(٤) أنظر فى ذلك ، ثروت انيس – البحث السابق ف ١٦١ – ١٦٢ ص ٤٧٠ .
(٥) أنظر فى ذلك ، ثروت انيس – البحث السابق ف ١٧٤ ص ٤٧٩ .

ومرة أخرى بأنه :

L'ensemble des conditions de vie de la société. (١)

ونخرج من ذلك بتفاوت دقيق بين أن يكون هدف القانون هو ضمان شروط الحياة الاجتماعية أو ضمان شروط الحياة فى المجتمع ، وبين أن يكون هدف القانون هو ضمان شروط حياة المجتمع .

١٤٣ — ولكى نحدد موقف هيجل من الفرد والمجتمع ينبغى أن نبدأ بازالة ذلك التفاوت . وهذا لما يقتضى أن نضع فى اعتبارنا :

(أولا) أن اهرنج ، على خلاف أوجست كونت ، لا يرى فى المجتمع كائناً عضوياً جماعياً وانما جمع من الأفراد (٢).

(ثانياً) أن اهرنج يقسم شروط الحياة فى المجتمع إلى :

١ — شروط لاقانونية ترجع إلى الطبيعة ولا دخل للقانون بها .

٢ — شروط مختلطة ترجع إلى الانسان . وهى حفظ الحياة والنسل والعمل والتجارة ، ودوافعها غريزة حفظ النفس وغريزة الجنس وغريزة التملك، ومن ثمة لاحاجة إلى تدخل القانون بشأنها الاإذا تخلفت تلك الدوافع .

٣ — شروط قانونية بحتة تعتمد كلية على القانون كتحريم السرقة ووجوب أداء الدين (٣).

(ثالثاً) أن اهرنج لا يقف عند أن المجتمع هو شخص القانون

---

(١) أنظر فى ذلك ، ثروت انيس — البحث السابق ف ١٧٤ ص ٤٧٩ ، ف ١٦٣ ص ٤٧٢ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ثروت انيس — البحث السابق ف ١٧٥ ص ٤٨٠ .

(٣) أنظر فى ذلك ، فريدمان — المرجع السابق ص ٣٢٣ . ثروت انيس — البحث السابق ف ١٦٢ ص ٤٧٠ — ٤٧١ .

المستهدف sujet-but ، وانما يصل إلى أن للقانون خمس أشخاص هدفية هى ، فضلا عن المجتمع ، الفرد والدولة والكنيسة والجماعات(١).

وما دام اهرنج لا يرى فى المجتمع جمعاً من الأفراد ، كما يحدد شروط الحياة التى يضمنها القانون تحديداً لا يصدق الا على حياة الأفراد فى المجتمع ، فان هدف القانون لا يكون الفرد ككائن مستقل ، ولا المجتمع ككائن عضوى جماعى ، وانما الأفراد أو المجتمع كجمع من الأفراد .

١٤٤ — وعلى ضوء ذلك يجب أن نفهم تفضيل اهرنج لما أطلق عليه النظرية الاجتماعية على النظرية الفردية . هذا التفضيل الذى يبرزه اهرنج من وجهين :

الأول ، أن النظرية الاجتماعية تجعل مكاناً للفرد ، بينما النظريةالفردية لامكان فيها للفرد . فالكل يتضمن الجزء ، أما الجزء الذى يريد أن يوجد لنفسه فقط فيستبعد الكل . وإذا استهدف الجزء سعادته المنعزلة فان الكل ينهار ، أما إذا استهدف الكل سعادته نتج عن ذلك بالضرورة العناية بالجزء لأن الكل لا يمكن أن يكون سليما إذا كان أحد أجزائه مريضاً . ولهذا فان وجه التفوق الأول للنظرية الاجتماعية على النظرية الفردية هو أن المجتمع يجب عليه أن يعنى باعضائه .

والثانى ، أن النظرية الاجتماعية تفوق النظرية الفردية من حيث الهدف المثالى للحياة والقيمة العليا للوجود الفردى . فطبقاً للنظرية الفردية يكون الفرد ذرة معزولة هدف حياته الأسمى هو سعادته على هذه الأرض . أما النظرية الاجتماعية فتضع الفرد فى مسيرة التطور الانسانى بحيث تكون

---

(١) أنظر فى ذلك ، ثروت انيس — البحث السابق ف ١٦٣ ص ٤٧١ .

للحياة الفردية قيمة ويحصل الفرد على الثقة فى أنه لا يعيش عبثاً ولكن له دوره فى عمل الانسانية(١) .

ومن المحقق أن النظرية ، التى أطلق عليها اهرنج أنها نظرية اجتماعية والتى فضلها على النظرية الفردية ليست نظرية اشتراكية ولا نظرية جماعية . فهى يقينا ليست نظرية اشتراكية لأنها تفتقد أهم أسس الاشتراكية وهو سيطرة الشعب على وسائل الانتاج . وهى أيضاً ليست نظرية جماعية ، لأن الكل الذى تعليه على الجزء هو مجموع الأفراد ، ولأن غاية القانون هى ضمان شروط حياة الأفراد الاجتماعية ، وذلك على نحو ما سبق أن بينا . فاذا كان اهرنج يعلى المجتمع على الفرد(٢) ، فهو انما يعلى الأفراد ككل على الفرد كجزء .

ولهذا لا يسعنا أن نسلم بما وجه إلى اهرنج من أنه لم يقدم الحل لمشكلة التنازع بين المصلحة الفردية والمصلحة الجماعية (٣) . فالواقع أنه ما دام اهرنج لا يرى فى المجتمع كائناً عضوياً جماعياً وانما جمع من الأفراد (٤) ، رغم ما ينسب اليه من أنه سار بعض الطريق نحو فكرة الدولة العضوية (٥) فان التنازع انما يكون بين المصلحة الخاصة بأحد الأفراد والمصلحة العامة

---

(١) أنظر فى ذلك ، ثروت انيس – البحث السابق ف١٦٥ ص ٤٧٤ –٤٧٥ .
عبد الحى حجازى – المدخل لدراسة العلوم القانونية ، القاهرة ١٩٦٦ ف١٩٢ ص٢٣٢ – ٢٣٣ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ثروت انيس – البحث السابق ف ١٦٣ ص ٤٧١ .

(٣) أنظر فى ذلك ، فريدمان – المرجع السابق ص ٣٢٥ .

(٤) أنظر فى ذلك ، ثروت أنيس – البحث السابق ف ١٧٥ ص ٤٨٠ .

(٥) أنظر فى ذلك ، فريدمان – المرجع السابق ص ٣٢٥ .

للأفراد . ومن حيث أنه يعلى الكل على الجزء ، فان المصلحة العامة يجب أن تقدم على المصلحة الخاصة .

١٤٥ — وهذا الذى وصل اليه اهرنج سبقت الشريعة الاسلامية إلى ما هو أفضل وأدق منه . فهى قد سبقت إلى أن وضع الشرائع انما هو لمصالح العباد فى العاجل والآجل ، وأن تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها فى الخلق . وهى لم تقصد فحسب تحقيق الضروريات التى لابد منها لقيام مصالح الدين والدنيا ، والتى تتعلق بحفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال ، وانما قصدت أيضاً تحقيق الحاجيات التى يفتقر اليها من من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدى فى الغالب إلى الحرج والمشقة ، كما قصدت تحقيق التحسينات التى تكمل الانسان بالأخذ بمحاسن العادات واتباع مكارم الأخلاق (١) . كذلك أين قول اهرنج بانه «إذا استهدف الكل سعادته نتج عن ذلك بالضرورة العناية بالجزء لأن الكل لا يمكن أن يكون سليما إذا كان أحد أجزائه مريضاً» ، من قوله صلى الله عليه وسلم « ترى المؤمنين فى تراحمهم وتوادهم وتعاطفهم كمثل الجسد إذا اشتكى عضواً تداعى له سائر جسده بالسهر والحمى »(٢) .

موقف ديجى من الفرد والمجتمع(٣)

١٤٦ — يقتضى تحديد موقف ديجى من الفرد والمجتمع أن نستكشف

---

(١) أنظر فى ذلك ، الشاطبى — الموافقات فى أصول الأحكام ، المطبعة السلفية ١٣٤١ هـ ج ٢ ص ٢ ومابعدها . بدران أبو العينين بدران — أصول الفقه ، الإسكندرية ١٩٦٩ ص ٤٥٠ — ٤٥٣ .

(٢) أنظر فى ذلك ،
صحيح البخارى بشرح الكرمانى ج ٢١ ص ١٧١ ، المطبعة البهية ١٣٥٦ هـ ١٩٣٧م.

(٣) أنظر .
Duguit — Les Transformations générales du droit privé, Paris 1920. Traité de droit constitutionnel. Gurvitch — Sociologie juridique, Paris. Fridmann — Legal theory, 5th. ed. London 1967.

من ناحية موقفه من الحق والحرية والسلطة ، ومن ناحية أخرى موقفه من غاية القانون .

١٤٧ — فاذا ما بدأنا باستطلاع موقف ديجى من الحق والحرية والسلطة ، فلا ينبغى أن نقف عند نفيه العنيف لوجود حقوق طبيعية للانسان سابقة على المجتمع على نحو ما سبق أن ذكرنا ، كما لا ينبغى أن نقف عند نفيه الحاد لوجود أى حق شخصى للفرد كعضو فى المجتمع واستبداله بفكرة الحق الشخصى التى نقضها كلية فكرة الوظيفة الاجتماعة ، وانما ينبغى أن نمضى مع ديجى لنضيف إلى هذا الشطر من موقفه شطراً آخر لا يمكن بدونه أن تكتمل صورة هذا الموقف .

فمن ناحية ، يقرر ديجى أنه إذا كان الانسان ليس له حقوق ، فالجماعة أيضاً ليس لها حقوق(١) ، وأن الحديث عن حقوق الفرد وحقوق المجتمع وعن وجوب التوفيق بين حقوق الفرد وحقوق الجماعة حديث عما لا وجود له(٢) . ويمضى فيؤكد أنه «ما من حقوق للأفراد ، وما من حقوق للحاكمين ، كما ما من حقوق للجماعات الاجتماعية أيا ما كانت»(٣). «فالقانون الموضوعى المستمد من التضامن الاجتماعى يستبعد فى نفس الوقت فكرة وجود حق للجماعة فى أن تخضع الفرد وفكرة وجود حق للفرد فى أن يتمسك بشخصيته تجاه الجماعة أو غيره من الأفراد» (٤) .

---

(١) أنظر فى ذلك ، ديجى — التطورات العامة للقانون الخاص ص ١٩ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ديجى — المرجع السابق ص ٢٤ .

(٣) أنظر فى ذلك ، ديجى — المرجع السابق ص ٢٩ .

(٤) أنظر فى ذلك ، جيرفيتش — علم الاجتماع القانونى ص ٩٩ .

ولهذا يثور ديجى على ما يستتبعه القول بوجود ضمير جماعى من اخضاع الفرد للكل ، مما يدفعه إلى نفى هذا الضمير الجماعى ليصل من ذلك إلى أنه ما دام لا يوجد سوى ضمائر فردية ، فانه لا يمكن أن يكون هناك ما هو أعلى وما هوأدنى(١) .

ومن ناحية ثانية ، لا يقف ديجى عند أن يصم المذاهب الجماعية بأنها عودة إلى البربرية (٢) ، وانما يصل إلى استبعاد الدولة من بين الجماعات الحقيقية ويعتبرها افتراضا مقنعا لعلاقة قوى آلية(٣) . وإذا لم تكن الدولة قد احتضرت (٤) ، فان الشكل الجماعى للدولة المرتبط بمبدأ السيادة التى ليست سوى اسم آخر لحق الدولة الشخصى فى أن تأمر فى طريقه إلى الاحتضار(٥) . وسواء نظرنا إلى الدولة كتشخيص للجماعة أو كثمرة للتمييز بين الحاكمين والمحكومين ولتعاون المرافق العامة تحت ادارة ورقابة الحاكمين ، فان الدولة فى جميع مظاهرها مقيدة بقانون أعلى منها(٦) .

ومن ناحية ثالثة ، إذا كانت حرية الانسان عند ديجى ليست حقاً وانما وظيفة اجتماعية تلقى عليه واجباً اجتماعياً ، فان هذا الواجب هو أن ينمى فرديته son individualité إلى أقصى حد ممكن حتى يمكنه أن يقوم بتلك الوظيفة على أحسن وجه ، وليس لأحد أن يعوق

---

(١) أنظر فى ذلك ، جيرفيتش – المرجع السابق ص ١٠٣ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ديجى – المرجع السابق ص ٢١ .

(٣) أنظر فى ذلك ، جيرفيتش – المرجع السابق ص ٩٩ .

(٤) أنظر فى ذلك ، فريدمان – المرجع السابق ص ٢٣٠ .

(٥) أنظر فى ذلك ، جيرفيتش – المرجع السابق ص ١٠٤ .

(٦) أنظر فى ذلك ، ديجى – مطول القانون الدستورى ط ٣ ج ٣ ف ٨٨ ص ٥٨٩ .

ذلك النمو الحر (١) . ويعرف ديجى الحرية بأنها السلطة التى تكون لكل فرد فى أن يمارس وينمى نشاطه الجسدى والذهنى والخلقى دون يكون للدولة أن تضع عليها من القيود سوى ما يكون ضرورياً لحماية حرية الجميع (٢). فالواجب الأول للدولة هو أن تضمن للجميع حريته الفردية(٣) . صحيح أنه ليس للفرد أن يعوق نمو فرديته (٤) ، وأن الدولة لا يجب عليها فحسب ألا تمس بالحرية وانما يجب عليها أيضاً أن تمنع كل فرد من كافة التصرفات التى من شأنها أن تنقص من قوة عمله وانتاجه سواء فى المجال الذهنى أو المادى (٥) ، ولكن ذلك لا يغير من أن نموالفرد يجب ألا يعوقه شىء ، كما لا يخفى أن موقف ديجى يصدر عن فكرة أن للفرد قيمته العالية (٦) .

١٤٨ — وإذا ما انتقلنا إلى تقصى موقف ديجى من غاية القانون ، وجدنا أن الأستاذ فالين قد سبقنا إلى ذلك وانتهى إلى أن غاية القانون عند ديجى ، رغم خصومته اللدودة للمذهب الفردى ، ليست المجتمع فى ذاته وانما سعادة أفراده . (٧) وهذا الذى انتهى اليه فالين يمكننا أن ندعمه بحجة نضيفها إلى ما احتج به .

ويبدأ فالين من أن نقد ديجى العنيف للمذهب الفردى ينصب على ما يقوم عليه هذا المذهب من أن للانسان حقوق طبيعية سابقة على قيام

---

(١) أنظر فى ذلك ، ديجى — التطورات العامة للقانون الخاص ص ٢٠ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ديجى — مطول القانون الدستورى ط ٣ ج ٣ ف ٩٢ ص ٦٣٩ .

(٣) أنظر فى ذلك ، ديجى — مطول القانون الدستورى ط ٢ ج٥ ف ١ ص ٦ .

(٤) أنظر فى ذلك ، ديجى — التطورات العامة للقانون الخاص ص ٢١ .

(٥) أنظر فى ذلك ، ديجى — مطول القانون الدستورى ط ٣ ج ٥ ص ٣ .

(٦) أنظر فى ذلك ، فالين — الفردية والقانون ط ٢ ف ٢٢٣ ص ٣٨٦ — ٣٨٧ .

(٧) أنظر فى ذلك ، فالين — المرجع السابق ١٧ ص ٤٨ — ٥١ .

المجتمع . ومجرد نفى هذه الحقوق لا ينفى أن غاية القانون هى خير الأفراد . فما من تلازم بين تلك الحقوق الطبيعية وهذه الغاية ، وانما يمكن أن تكون غاية المجتمعات هى خير أفرادها دون أن يكون لهؤلاء الأفراد حقوقا طبيعية سابقة على المجتمع (١).

ولا يستند فالين فيما انتهى اليه إلى مجرد أن دجى يقر بأن كل تنظيم سياسى لبلد متمدن ليس له من غاية سوى أن يتيح للدولة القيام بواجباتها على أفضل وجه ممكن وأن يضمن للأفراد قيام الدولة بذلك . فهذاوحده لا يكفى لاثبات أن نمو الفرد هو غاية القانون عند دجى . ذلك أنه إذا كان دجى يوجب على المجتمع أن يضمن للأفراد النمو الحر لنشاطهم فانما ذلك لتوثيق روابط التضامن الاجتماعى الذى يعتبره أساس القانون والذى يكون ذلك النمو لازماً لتحققه ، مما يوحى بأنه قد جعل الفرد مجرد وسيلة لتحقيق غاية اجتماعية هى التضامن الاجتماعى(٢) .

ويتصدى فالين لذلك الاحتمال فينفيه . ينفيه لأن دجى يميز بدقة بين موضوع القواعد القانونية وغايتها ، ولأن التضامن الاجتماعى هو موضوع تلك القواعد ولكنه ليس غايتها . فهو ليس غاية فى ذاته وانما له غاية بحث عنها فالين فوجد أنها خير الأفراد ، وانتهى إلى أن الحياة الاجتماعية عند دجى ليست غاية فى ذاتها وانما وسيلة لخدمة الأفراد(٣) .

ويستند فالين فيما انتهى اليه إلى حجتين . الحجة الأولى ، هى أن كل أعمال دجى نلمس فيها حرصه على الفرد ، وأنه إذا كان قد كرس حياته

(١) أنظر فى ذلك ، فالين – المرجع السابق ص ٤٨ .
(٢) أنظر فى ذلك ، فالين – المرجع السابق ص ٤٨ – ٤٩ .
(٣) أنظر فى ذلك ، فالين – المرجع السابق ص ٥٠ .

لفكرة ضرورة تقييد الدولة بالقانون فانما ذلك لمصلحة الأفراد . والحجة الثانية ، هى أن ديجى فى مقدمة الطبعة الثانية لمطوله فى القانون الدستورى قد ركز مذهبه فى قوله أن «الدولة الحديثة تبدو أكثر كجماعة من الأفراد تعمل متحدة تحت ادارة ورقابة الحاكمين لتحقيق الحاجات المادية والاخلاقية للمشاركين فيها» . وهذا ما يكشف عن أن الأمر لا يتعلق بالعمل من أجل المجتمع أو من أجل أية وحدة جماعية كغاية فى ذاتها ، بل أن الدولة الحديثة هى التى تعمل لسعادة أعضائها(١) .

ونضيف إلى ما استند اليه فالين حجة أخرى نستمدها من أن ما حرص ديجى على تأكيده من أن المجتمع ليس له أن يخضع الفرد (٢) ينفى أن يكون المجتمع غاية فى ذاته وأن يكون الفرد مجرد وسيلة لتحقيق غاية اجتماعية، إذ لو كان المجتمع غاية فى ذاته لاستتبع ذلك خضوع الفرد للمجتمع . يضاف إلى ذلك أن المجتمع عند ديجى هو الأفراد كما يدل على ذلك ما سبق أن ذكرناه من حملته على ما يستتبعه القول بوجود ضمير جماعى من اخضاع الفرد للكل ، وما يحتج به من أنه ما دام لا يوجد سوى ضمائر فردية ، فانه لا يمكن أن يكون هناك ما هو أعلى وما هو أدنى(٣) .

١٤٩ — وعلى ضوء ذلك يجب أن نفهم ما يصف به ديجى مذهبه من أنه مذهب اجتماعى(٤) . فلا يجب أن يتبادر من هذه الصفة أنه يقف مع المجتمع ضد الفرد ، وانما يوازن بينهما موازنة لا تنفها خصومته الشديدة

---

(١) أنظر فى ذلك ، فالين — المرجع السابق ص ١٥ال.

(٢) أنظر ماتقدم ف ١٤٧ .

(٣) أنظر ماتقدم ف ١٤٧ .

(٤) أنظر فى ذلك ، ديجى — التطورات العامة للقانون الخاص ص٢٥ — ٢٦ .

للمذهب الفردى . هذه الخصومة التى لا تقل عنها خصومته للمذهب الجماعى . فهو قد حمل على هذا المذهب حملة شعواء (١) خير ما يعبر عنها دمغه له بأنه عودة إلى البربرية (٢) .

موقف الماركسية من الفرد والمجتمع :

١٥٠ — أثار تحديد موقف الماركسية من الفرد والمجتمع خلافاً عميقاً بلغ حد أن نسب البعض إلى الماركسية أنها فردية النزعة (٣) ، بينما نسب اليها البعض أنها تقترب إلى أبعد مدى من المذاهب الجماعية (٤) ، واكتفى البعض الآخر بابراز أنها والفردية تنطلقان من نفس المبدأ وتستهدفان نفس الغاية (٥) .

فمن رأى البعض ، أن الماركسية مشبعة بعمق بالفردية لأنها تستهدف اقامة نظام اجتماعى أفضل للفرد يحقق له بتنظيم اقتصادى أفضل حياة مثمرة (٦) . وهى إذا لجأت إلى الدكتاتورية ، فان من عقيدتها أن الفرد هو أصل وغاية المجتمعات (٧) .

---

(١) أنظر فى ذلك ، ديجى — مطول القانون الدستوى ج ١ ص ٤٩٨ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ديجى — التطورات العامة للقانون الخاص ص ٢١ .

(٣) أنظر فى ذلك ، ر. كابيتان — هوبز والدولة المطلقة ، أرشيف فلسفة القانون س١٩٣٦ ع ١ — ٢ ص ٧١ . روبييه — النظرية العامة للقانون ط ٢ ه ٢ ص ٢٤٢ . فالين — الفردية والقانون ط ٢ ص ٨٥ .

(٤) أنظر فى ذلك ، روبييه — المرجع السابق ه ٢ ص ٢٤٢ — ٢٤٣ . مصطفى أبوزيد — فى الحرية والاشتراكية والوحدة ص ٢٣٥ .

(٥) أنظر فى ذلك ، ستويا نوفيتش — الماركسية والقانون ، باريس ١٩٦٤ ص ٩٨-٩٩

(٦) أنظر فى ذلك ، كابيتان — البحث السابق ص ٧١ .

(٧) أنظر فى ذلك ، فالين — المرجع السابق ص ٨٥ .

ومن رأى البعض ، أن الماركسية ليست فردية النزعة (١) ، وانما أقرب ما تكون إلى المذاهب الاجتماعية رغم اختلاف نقطة انطلاقهما (٢) . فهى ليست فردية النزعة لأن هذه النزعة لا تقف عند مجرد استهداف سعادة الفرد ورفاهيته ، وانما تضع الفرد فوق المجتمع وتفضل المصالح الخاصة على المصالح الجماعية كما تترك النشاط الاقتصادى لحرية الأفراد دون تدخل من الدولة (٣) . وهى أقرب ما تكون إلى المذاهب الجماعية ، لأنها لا تقف بين الفرد والمجتمع موقفاً وسطاً ، وانما ترفع من قدر المجتمع على حساب الفرد وتخضعه للسلطة خضوعاً تاماً ، وان كان ذلك حتى يتم الانتقال إلى مرحلة الشيوعية الكاملة فتتحقق للفرد حريته وسعادته (٤) .

ومن رأى البعض ، أن كلا من الماركسية والفردية تنطلقان من نفس المبدأ وتستهدفان نفس الهدف . فكل منهما ينطلق من مبدأ تحرير الفرد من القيود ، وان كانت الفردية ترى فيها قيوداً اجتماعية أشد مظاهرها وأعنفها الدولة ، بينما ترى فيها الماركسية قيوداً اقتصادية واجتماعية وقانونية المسئول الأول عنها نظام الانتاج . وكل منهما يستهدف حرية الفرد وسعادته ، وان كانت الفردية ترى فيه كائناً مستقلا قائماً بذاته ، بينما ترى فيه الماركسية كائنا اجتماعياً أصيلا (٥) .

(١) أنظر فى ذلك ، مصطفى أبوزيد – المرجع السابق ص ٢٣٤ .

(٢) أنظر فى ذلك ، روبييه – المرجع السابق هـ ٢ ص ٢٤٢ – ٢٤٣ .
مصطفى أبوزيد – المرجع السابق ص ٢٣٥ .

(٣) أنظر فى ذلك ، مصطفى أبوزيد – المرجع السابق ف ١٧٦ ص ٢٣٢ – ٢٣٤ .
وقارن ، فالين – المرجع السابق ص ٣١ .

(٤) أنظر فى ذلك ، مصطفى أبوزيد – المرجع السابق ص ٢٣٥ .

(٥) أنظر فى ذلك ، ستويانوفيتش – المرجع السابق ص ٩٨ – ٩٩ .

١٥١ — وهذا الاختلاف حول الماركسية يقتضى أن نقف منه أو منها . وأول ما يستوقفنا هوالطابع المرحلى للماركسية التى تبشر كما سبق أن رأينا بالانتقال من مرحلة المجتمع الاشتراكى إلى مرحلة المجتمع الشيوعى(١). والانطباع الأولى الذى يتولد عن ذلك الطابع المرحلى هو أنه إذا كان موقف الماركسية من الفرد والمجتمع ليس موقفاً وسطاً فانه موقف مرحلى يختلف فى مرحلة عنه فى الأخرى . ولهذا لزم أن نعرض لموقف الماركسية من الفرد والمجتمع فى هاتين المرحلتين كل على حدة لأنه بينما يمكن أن نحتكم إلى غاية القانون فى أولهما ، لا يمكن أن نحتكم إلى غاية القانون فى ثانيتهما لما سبق أن رأيناه من أن الماركسية تنفى وجود قانون فى هذه المرحلة (٢) .

١٥٢ — فاذا ما بدأنا بالمرحلة الأولى ، مرحلة المجتمع الاشتراكى التى لا يختفى فيها القانون ، وجدنا أن تحديد غاية هذا القانون للاحتكام اليها فى تحديد موقف الماركسية من الفرد والمجتمع يجب أن يسبقه تحديد ماهية وطبيعة القاعدة القانونية وفقاً للمذهب الماركسى .

والقاعدة القانونية وفقاً لهذا المذهب هى ، فى كل زمان ومكان توجد فيه ، وسيلة الطبقة الاجتماعية التى فرضت على مجتمعها نظامها فى الانتاج لضمان دورها التاريخى (٣) . فهى أداة اجبار مادى فى يد طبقة مسيطرة توجهها ارادياً ولهدف محدد ضد الطبقة الخاضعة (٤) . ولهذا فان الطابع

(١) أنظر ماتقدم ف٢٨.
(٢) أنظر ماتقدم ف ٢٨ .
(٣) أنظر فى ذلك ، ستويافيتش — المرجع السابق ص ٦٦ .
(٤) أنظر فى ذلك ، ستويانوفيتش — المرجع السابق ص ٧٠ .

الطبقى يعد من جوهر هذه القاعدة التى لا يمكن أن تصدر عن ارادة مجموع أفراد المجتمع وانما عن ارادة طبقة اجتماعية . فمن اللامعقول أن تكون القاعدة تعبيراً عن الارادة العامة لأنه لا يمكن للطبقة الخاضعة المستغلة أن تقبل وضعها الا مجبرة اجباراً ينفى ارادتها (١) .

ولا تختلف القاعدة القانونية فى مجتمع البروليتاريا عنها فى المجتمع الرأسمالى من هذا الوجه . فمجتمع البروليتاريا مجتمع طبقى ، وطبقة البروليتاريا طبقة مسيطرة تفرض نظامها فى الانتاج ومصالحها وارادتها الطبيقية على المجتمع بأسره وخاصة على الطبقة الرأسمالية المخلوعة تحقيقاً لبرنامج تطويرها للمجتمع . وهذا ما يقتضى أن يكون تقلد الطبقة العاملة للسلطة على نحو أكثر دكتاتورية واطلاقاً من سابقتها (٢) .

وإلى هنا ، ومن تلك الطبيعة الطبقية للقاعدة القانونية فى مجتمع البروليتاريا ، يتبين أن غاية القانون فى تلك المرحلة لا يمكن أن تكون الفرد بوجه عام كعضو فى مجتمع ، ولا العامل بوجه خاص كعضو فى طبقة البروليتاريا ، وانما هذه الجماعة الطبقية التى تحكم المجتمع حكماً مطلقاً بما فى ذلك اعضائها أنفسهم (٣) .

وإذا كان ذلك ما تؤدى اليه الطبيعة الطبقية للقاعدة القانونيةفى مجتمع البروليتاريا ، فهل نجد ما ينفى ذلك فيما يوجد بينها وبين القاعدة القانونية فى المجتمع الرأسمالى من اختلاف رغم ما لكل منهما من طبيعة طبقية ؟

---

(١) أنظر فى ذلك ، ستويا نوفيتش – المرجع السابق ص ٦٦ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ستويانوفيتش – المرجع السابق ص ٧١ – ٧٢ حيث أشار إلى : ماركس – نقد برنامج جوته ، ترجمة فرنسية ، باريس ١٩٥٠ ص٢٣ ومابعدها . لينين – الدولة والثورة ، ترجمة فرنسية ، باريس ١٩٤٧ ص ٩٧ ومابعدها .

(٣) أنظر فى ذلك ، ستويا نوفيتش – المرجع السابق ص ٨٥ .

لنتحقق من ذلك علينا أن نعرض لهذا الاختلاف . وهو يكمن فى أنه بينما تجمع القاعدة القانونية الرأسمالية بين أن تكون أداة سيطرة وأداة استغلال ، تقتصر القاعدة القانونية فى مجتمع البروليتاريا على أن تكون أداة سيطرة دون أن تكون أداة استغلال ، لأنها لا تكرس أى استغلال اقتصادى من طبقة لأخرى أو من جماعة لأخرى أو من فرد لآخر . ويرتبون على ذلك ان القاعدة القانونية فى مجتمع البروليتاريا تجيب مصلحة أوسع من مصلحة هذه الطبقة رغم أنها تعبر عن ارادتها . ومن الناحية الاقتصادية فان هذه القاعدة لا تمس فى الواقع سوى اعضاء الطبقة البورجوازية . ولما كانت هذه تمثل أقلة طفيفة ، فان المصلحة الاقتصادية التى تعد تلك القاعدة اجابة لها تكون شبه عامة (١) .

ونخرج من ذلك ، لا بما ينفى ما كنا قد تبيناه من أن الفرد ليس غاية القانون ، وانما بما يؤيده . وإذا لم يكف هذا التأييد ، فاننا نجد التأكيد فى أنه فى اليوم الذى لا تعود فيه مصلحة الطبقة متميزة عن المصلحة العامة للمجتمع ، تكون طبقة البروليتاريا قد اختفت ويكون القانون قد اختفى معها (٢) .

وإذا كان الأمر كذلك ، فانه لا يمكن القول بأن وضع السلطة فوق الفرد فى هذه المرحلة الأولى يكون من أجل الفرد . بل أنه لا يمكن القول بأنه فى هذه المرحلة تضع الماركسية المجتمع فوق الفرد ، إذ أنها فى الحقيقة انما تضع فوق الفرد جماعة أو طبقة اجتماعية هى طبقة البروليتاريا دون سائر طبقات المجتمع .

---

(١) أنظر فى ذلك ، ستويا نوفيتش – المرجع السابق ص ٨٤ – ٨٥ .
(٢) أنظر فى ذلك ، ستويا نوفيتش – المرجع السابق ص ٨٥ .

١٥٣ - وإذا ما انتقلنا إلى المرحلة الثانية ، مرحلة الشيوعية التى لم يتحقق الانتقال اليها ، وجدنا أنه لا يمكن نحدد موقف الماركسية من الفرد والمجتمع فى هذه المرحلة بالاحتكام إلى غاية القانون وما تستهدفه السلطة أو الدولة ، لأنه وفقاً للمذهب الماركسى ان يكون فى هذه المرحلة قانون أو دولة (١) ، إذ نكون قد عدنا إلى المجتمع الأول مجتمع الفطرة الذى كان قيام الدولة ووجود القانون لاحقاً عليه .

ومجرد ما تذهب اليه الماركسية من اختفاء الدولة والقانون فى هذه المرحلة لايباعد بينها وبين الفردية ، كما لا يعفينا من أن نحدد موقفها من الفرد والمجتمع فى هذه المرحلة .

فذلك وحده لا يباعد بين الماركسية والفردية ، لأن ممن ينتمون إلى المذهب الفردى من لا يختلف موقفه عن ذلك كثيراً . فسبنسر الذى يعد من أقطاب المذهب الفردى يرى ، كما سبق أن ذكرنا أن الحكومة صائرة لا محالة إلى القضاء على نفسها بحكم التطور الاخلاقى والتكامل السياسى (٢) . كذلك يرى فيشته أن الدولة تسير نحو تلاشيها ، وأن من واجب كل حكومة أن تجعل الحكومة غير لازمة(٣) .

وذلك وحده أيضاً لا يعفينا من أن نحدد موقف الماركسية من الفرد والمجتمع فى المرحلة الثانية التى تبشر بها . فلقد سبق أن رأينا أنه إذا كانت الماركسية تنكر وجود القانون فى هذه المرحلة ، فانها لا تنكر وجود قواعد اجتماعية تحكم الفرد والمجتمع وان كانت تأبى أن ترى فيها

---

(١) أنظر فى ذلك ، ماتقدم ف ٢٨ .
(٢) أنظر فى ذلك ، ماتقدم ف ٨٠ .
(٣) أنظر فى ذلك ، ستويا فيتش - المرجع السابق ص ٩٩ .

قواعد قانونية (١) . فما هو هدف تلك للقواعد الاجتماعية ؟ تجيبنا الماركسية على ذلك أجابة واضحة هى : حرية وسعادة ورفاهية الفرد . الا أن ذلك لا يعنى أن الماركسية تضع الفرد فوق المجتمع فى تلك المرحلة الثانية . فالواقع أنها تنفى أى تعارض بين ما هو فردى وما هو اجتماعى فى مرحلة الشيوعية . وفى ذلك تختلف الماركسية عن الفردية التى تقدم الفرد على المجتمع . وإذا كان لا يمكن التحقق من ذلك لأن الماركسية لازالت تنتظر تلك المرحلة الثانية ، فانه على الأقل ما تبشر أو تعد به الماركسية .

١٥٤ — ومن ذلك يتضح أن موقف الماركسية من الفرد والمجتمع يختلف فى مرحلتها الأولى عنه فى مرحلتها الثانية . فهى فى المرحلة الأولى تعلى جماعة طبقية معينة على الفرد ، بينما فى المرحلة الثانية توفق بين الفرد والمجتمع . ولهذا يمكن أن نرى فى الماركسية مذهباً مختلطاً .

موقفنا من الفرد والمجتمع :

١٥٥ — لن نكتفى فى تحديدنا لموقفنا من الفرد والمجتمع ، بأن نؤيد ما يذكر لفقهنا من رفضه لكل من الفردية والجماعية (٢) ، ولا بأن نقف مع فقهنا عند أن الميثاق قدو قف من الفرد والمجتمع موقفاً وسطاً ، وانما سنحاول ، بعد أن نسجل ذلك للفقه والميثاق ، أن نوصل موقفنا .

١٥٦ — وإذا ما بدأنا بأن نسجل للفقه ما ينبغى أن يذكر له من أنه بروح علمية خالصة رفض كلا من المذهبين الفردى والجماعى ، كان

---

(١) أنظر ماتقدم ف ٣٠ — ٣١ .

(٢) أنظرفى ذلك ، حسن كيره — أصول القانون ط ٢ ص ٢٠٨ شمس الدين الوكيل — المدخل لدراسة القانون ، ١٩٦٢ ص٤٦ — ٤٧. عبد المنعم الصده — أصول القانون، بيروت ١٩٧١ ف ٢٣ — ٢٤ ص ٣٣ — ٣٥ .

حسبنا أن ننقل عمن سبق إلى ذلك (١) أن هذين المذهبين متطرفان تطرفاً يؤدى إلى نتائج غير مقبولة . «فبينما يسوق المذهب الفردى بمنطقة فى تقديس الفرد وحريته إلى تحكم فريق من الأفراد فى فريق بما لهم من غلبة اقتصادية أو اجتماعية ، يسوق المذهب الاجتماعى (الجماعى) بمنطقة فى تقديس الجماعة وصالحها إلى تحكم الدولة واستبدادها وعصفها بحريات الأفراد واهدارها لمصالحهم الخاصة ... من أجل ذلك لا يتأتى الأخذ بمذهب من هذين المذهبين دون الآخر . فضلا عن أن كلا منهما يقوم على حقيقة أساسية لا ينبغى اغفالها ... والخطأ انما يتأتى من قصر النظر إلى حقيقة دون أخرى ، فالقول بالمذهب الفردى انما يغفل فى الانسان اجتماعيته وخضوعه للجماعة وصالحها ، والقول بالمذهب الاجتماعى انما يغفل فيه فرديته واستقلاله وحريته . بينما الانسان لا يمكن أن تتصور اجتماعيته دون فرديته والاصار مجرد آله تعمل فى جهاز ضخم كبير دون عقل أو ارادة ، وكذلك لا يمكن أن تتصور فرديته دون اجتماعيته والا انقلب الأمر فوضى منطقها الغلبة والقوة . كل ذلك يحتم الجمع بين المذهب الفردى والمذهب الاجتماعى بما يحقق التوازن بين طبيعة الانسان الفردية وطبيعته الاجتماعية ... ومن هنا تظهر حقيقة العدل الذى ينبغى على القواعد القانونية تحقيقه ، فليس هو العدل الخاص أو التبادلى الذى يقوم على أساس التكافؤ بين الأفراد فيستهدف المساواة المطلقة بين أشخاصهم ... وليس هو مجرد العدل العام التوزيعى أو الاجتماعى الذى يقوم على أساس سيطرة الجماعة على الأفراد سيطرة الكل على الجزء ... وانما هو مزاج بين هذا العدل وذاك »(٢) .

---

(١) أنظر ، حسن كيره – أصول القانون ط ٢ ص ٢٠٨ – ٢٠٩ .

(٢) أنظر فى ذلك ، حسن كيره – المرجع السابق ص ٢٠٨ – ٢٠٩ .

١٥٧ ـ وإذا ما انتقلنا إلى تسجيل ما يذكر للميثاق من أنه وقف بين الفرد والمجتمع موقفا وسطا ، تركنا ذلك لفقيه مدنى وآخر دستورى فمما سجله فقيه مدنى عن الميثاق أن الاشتراكية العربية اتسمت بالاعتدال إذ مع وضعها المصلحة الاجتماعية فوق كل اعتبار لم تغفل مصلحة الانسان الفرد (١) . ومما سجله فقيه دستورى عن الميثاق أن الديمقراطية العربية ، وان استهدفت سعادة الفرد وتحقيق حريته ، فانها قد رفضت أن تجعل منه وحده هدفا وحيداً للنظام السياسى والاقتصادى والاجتماعى . وهى وان وجدت نفسها بحكم اتجاهها الاشتراكى العميق مضطرة إلى تقوية المجتمع ليقوم بواجبه فى تحرير الفرد وانهاء كل قيد للاستغلال يحد من حريته ، فانها قد أبت أن تجعل المجتمع هدفا وحيداً يضحى من أجله بالفرد تضحية كاملة . فهى تريد أن يكون الفرد حراً ، وهى تريد فى نفس الوقت أن يكون المجتمع قويا قد توافرت له الكفاية فى الانتاج والعدالة فى التوزيع . ولذلك فانها تهتم بالاثنين معاً وتقف منهما موقفاً وسطاً . ومما يؤدى بها إلى هذا الوضع أنها لا ترى فى حرية الفرد أمراً مستقبلا سوف يتحقق كما فى الماركسية فى مرحلة عليا هى مرحلة الشيوعية ، وانما ترى فيها أمراً حالا وحرية فورية (٢) .

١٥٨ ـ وإذا ما حاولنا بعد ذلك أن نؤصل موقفنا تأصيلا لا يكتفى برفض كل من الفردية والجماعية والدعوة إلى اتخاذ موقف وسط أو متوازن

---

(١) أنظر فى ذلك ، عبد الحى حجازى ـ المدخل لدراسة العلوم القانونية ، القاهره ١٩٦٦ ص ٢٤٨ .

(٢) أنظر فى ذلك ، مصطفى أبو زيد ـ فى الحرية والإشتراكية والوحدة ف ١٧٧ـ ١٧٨ ص ٢٣٩ ـ ٢٤١ .

بينهما ، كان علينا أن نتساءل كيف يمكن أن يكون كل من الفرد و المجتمع هدفاً فى نفس الوقت إذا كان بينهما ما يبدو من تضاد أو تقابل يقتضى أن يقدم أحد الهدفين على الآخر ؟ وإذا قلنا بأنه عند التقابل أو التعارض يقدم المجتمع كهدف على الفرد كغاية ، أفلا يمكن أن يقود ذلك إلى ما قادت اليه المذاهب الجماعية ، أو على الأقل ألا ينفى ذلك أننا نقف بينهما موقفاً وسطاً ؟ وإذا قلنا بأنه يجب على القانون اجراء توازن بين المجتمع والفرد ، بين العدل العام والعدل الخاص ، فعلى أى أساس يجرى هذا التوازن ويتحدد نصيب كل منهما ، أم لا يمكن تحديد ذلك وانما يجب أن يترك للظروف (١)؟ وقبل كل ذلك ما هو المجتمع الذى نقف بينه وبين الفرد موقفاً وسطاً ، وهل يقوم بينهما حقاً تضاد وتنازع ؟ وما هى المصلحة العامة التى تقدم على المصلحة الخاصة ، وهل هذا التقديم تقديم للمجتمع على الفرد .

١٥٩ — فأما عن المجتمع الذى نريد أن نوصل موقفنا منه ، فلا يمكن أن يكون غاية فى ذاته الا إذا قصدنا بذلك مجموع أفراده . فبهذا الفهم ، وبهذا الفهم فقط ، يمكن أن يكون المجتمع غاية فى ذاته . وهذا ما سبق اليه الفقه الاسلامى بابرازه أن غاية الشريعة هى مصالح العباد أى الأفراد (٢) . وفرق بين أن يكون الفرد هو غاية القانون وأن يكون الأفراد هم غاية القانون .

وقد يعترض على ذلك بأن المجتمع ليس مجرد جمع من الأفراد ، وانما هو نسق مكون من العرف المنوع والاجراءات المرسومة ، ومن السلطة

---

(١) أنظر فى ذلك ، شمس الدين الوكيل — المرجع السابق ص ٤٧ .

(٢) أنظر فى ذلك ، الشاطبى — الموافقات فى أصول الأحكام ، المطبعة السلفية ١٣٤١ هـ ، جـ ٢ ص ٢ .

والمعونة المتبادلة ، ومن كثير من التجمعات والأقسام وشتى وجوه ضبط السلوك الانسانى والحريات ، أى أن المجتمع نسيج العلاقات الاجتماعية الذى يتغير باستمرار (١) . الا أن هذا الاعتراض مردود من ناحيتين .

فمن ناحية ، فان القول بأن المجتمع لا يمكن أن يكون غاية فى ذاته الا إذا قصدنا بذلك مجموع أفراده لا يعنى أننا نرى فى المجتمع مجرد مجموعة من الأفراد ولا ينفى أن نرى فيه نسقاً أو نسيجاً من العلاقات الاجتماعية .

ومن ناحية ثانية ، فان النظر إلى المجتمع من حيث كونه نسقاً أو نسيجاً من الارتباطات الاجتماعية يحول دون أن نرى فيه غاية فى ذاته ، لأن الأنماط والارتباطات الاجتماعية التى تدخل فى ذلك النسق أو النسيج لا يمكن أن تكون غاية فى ذاتها .

وما اتجهنا اليه من أن المجتمع لا يمكن أن يكون غاية فى ذاته الا إذا قصدنا بذلك مجموع أفراده فى الحال والاستقبال يمكن أن يلتقى مع ما جاء فى الميثاق من أن المجتمع ليس «وصفاً شائعاً ، وانما هو كل انسان فرد يعيش على تربة الوطن وترتبط آماله مع آمال غيره من المواطنين » (٢) . فمن المستبعد أن يكون مقصد هذه العبارة أن كل فرد هو المجتمع وليس أن مجموع الأفراد لا ينفصل عن المجتمع .

كذلك فان ما اتجهنا اليه من أن المجتمع لا يمكن أن يكون غاية فى ذاته الا إذا قصدنا به مجموع أفراده ، أدق من أن نجعل غاية القانون المجتمع

---

(١) أنظر فى ذلك ، ماكيفر وبيج – المجتمع ، ترجمة د. على عيسى ط ٢ ص ١٦ – ١٧ .

(٢) أنظر الميثاق – الباب السابع .

والفرد معاً ، لما ينطوى عليه ذلك من أن للقانون غاية مزدوجة ، بينما الحقيقة أنها غاية واحدة هى المجتمع كمجموعة من الأفراد .

١٦٠ — وأما عما يبدو من تضاد أو تنازع بين الفرد والمجتمع ، فالواقع أن هذا التضاد أو التنازع مزعوم(١) عديم المعنى ولا أساس له نظرياً وتطبيقياً ، إذ أن التعاون أو النزاع فى المجتمع لا يتخذ طرفى الفرد والمجتمع وانما يتم كما يحدث فى الواقع الملاحظ بين الفرد والفرد أو بين الأفراد والأفراد أو بين الجماعات والجماعات (٢) . وهذا ما أبرزه أيما ابراز جيرفيتش ، إلى حد يصدق معه ما قاله من أن الخلاف حول علاقة الفرد بالمجتمع قد أوصد . وللتحقق من ذلك حسبنا أن نتتبع تفنيده للتضاد المزعوم بين الفرد والمجتمع .

وهو يبدأ بأن الفرد والمجتمع توأمان لا ينفصلان ، وأن الفرد هو ما هو عليه بفضل غيره من الأفراد الذين يتضمنهم المجتمع كما يتضمنه . فالمجتمع يتضمن الغير ونحن «والأنا» الذين يراد أن يوضعوا فى مواجهته ، والذين لا يوجدون بدونه كما لا يوجد بدونهم . وكما أن الفرد لمباطن للمجتمع ، فان المجتمع مباطن للفرد ، بحيث نجد المجتمع فى أعماق الأنا ، كما نجد الأنا فى أعماق المجتمع (٣) .

وهو بعد ذلك يبرز أن مشكلة التنازع بين الفرد والمجتمع ترجع غالباً إلى بعض أوجه خداع البصر الذى تضاف اليه تفسيرات غير صحيحة

---

(١) أنظر فى ذلك ، جيرفيتش — النزعات الحالية لعلم الاجتماع ، باريس ١٩٦٨ ، ط ٤ ف ٣ ص ٣٨ — ٤٤ .

(٢) أنظر فى ذلك ، عاطف غيث — علم الاجتماع ، الإسكندرية ١٩٦٦ ص ٢٢٥ — ٢٢٦

(٣) أنظر فى ذلك ، جيرفيتش — المرجع السابق ص ٣٩ .

فالواقع أن ثمة ميل إلى أخذ التنازع الذى ينتج داخل أنفسنا وداخل المجتمع على أنه تنازع بين الجماعة وأعضائها . ويضرب لذلك مثلا بالتنازع بين المنتجين والمستهلكين . فهذا التنازع يكشف عن أننا بصدد تنازع يجرى على المستوى الفردى وعلى مستوى الجماعات المتقابلة . فكل منا ، أو يكاد ، هو منتج ومستهلك فى نفس الوقت . فالمؤلف كمنتج يرغب فى أن يحصل على أعلى ثمن ، بينما كقارىء يرغب فى أن يؤدى أدنى سعر . وهكذا نكون ، من ناحية بصدد تنازع داخل النفس وانقسام بين أوجه «الأنا» المتعددة ، ومن ناحية أخرى بصدد تنازع بين جماعتين داخل المجتمع جماعة المنتجين وجماعة المستهلكين (١) .

وهو يضيف إلى ذلك أن كلا منا ينتمى إلى عدة جماعات : أسرة مشروع ، نقابة ، ناد . وداخل كل من تلك الجماعات نضطلع بدور اجتماعى معين ، ، بحيث تكون لنا عدة أدوار اجتماعية . وهذه الأدوار الاجتماعية التى يقوم بها الفرد كأب أو زوج أو عامل أو مواطن أو مستهلك تدخل دون توقف فى تنازع مزدوج : فى داخل النفس حيث تتقابل الأدوار الاجتماعية المختلفة ، وفى داخل الواقع الاجتماعى حيث تتقابل الجماعات المختلفة التى ينتمى اليها الفرد . ومن التشويه أن نأخذ ذلك التنازع على أنه تنازع بين الفرد والمجتمع (٢) .

وهذا ما يكشف عن أن القانون الذى يحدد الملكية الزراعية ، أو الذى يضع حداً أقصى للأجرة أو الأجور أو الأسعار ، أو الذى يقيد من سلطة صاحب العمل أو حق الاخلاء ، لا يواجه فى الحقيقة تنازعاً بين

(١) أنظر فى ذلك ، جيرفيتش – المرجع السابق ص ٤٠ .
(٢) أنظر فى ذلك ، جيرفيتش – المرجع السابق ص ٤٠ .

الفرد والمجتمع ، وانما بين أفراد أو جماعات . ومن ثمة ينبغي أن يوصد ذلك الخلاف الذى شغلنا طويلا حول موقف القانون من الفرد والمجتمع ، وأن نتجه إلى التنازع القائم بين الأفراد وبين الجماعات .

١٦١ – ولا يبقى بعد ذلك الا أن نتصدى لما يجب من توازن بين العدل الخاص والعدل العام ، لا فى علاقة الفرد بالمجتمع ، وانما فى علاقة الأفراد والجماعات داخل المجتمع . وهنا نكون بصدد ترجيح بين المصالح لا يجب أن يترك بلا تحديد ، ولا نجد تحديداً له خيراً من تحديد الفقه الاسلامى للمصالح وترتيبه لها ، وما ينبنى عليها من ترجيح بين ما يجلب من مصالح وما يدفع من مضار . فلا يقف الفقه الاسلامى عند مجرد ترتيب المصالح بحيث تأتى فى مقدمتها المصالح الضرورية تليها الحاجية فالتحسينية ، كما لا يقف عند مجرد ترتيب المصالح الضرورية بحيث يأتى فى مقدمتها حفظ الدين فالنفس فالعقل فالنسل فالمال (١) ، وانما يواصل وضع القواعد الترجيحية العادلة التى حسبنا أن نشير منها إلى قاعدة أن دفع المضار مقدم على جلب المنافع ، وقاعدة أن الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام ، وقاعدة تحمل أخف الضررين لاتقاء أشدهما (٢) . وما أجدرنا أن نعود إلى هذا التراث الفذ بدلا من أن نقترب بين مذاهب فردية ومذاهب جماعية نربأ عن أن تكون الشريعة الاسلامية قد وقفت منها موقفاً وسطاً (٣)، لأنها كانت أسمى من أن يخفى عليها أنه ما من تضاد أو تنازع بين الفرد والمجتمع .

---

(١) أنظر فى ذلك ، الشاطبى – الموافقات فى أصول الأحكام ، المطبعة السلفية ١٣٤١ هـ، جـ٢ ص ٢ ومابعدها .

(٢) أنظر فى ذلك ، بدران أبوالعنين بدران – أصول الفقه ، الإسكندرية ١٩٦٩ ص ٤٥٩. عبد المنعم الصده – دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ، معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٧٠ ف ص ١١٠ .

(٣) قارن ، عبد المنعم الصده – المرجع السابق ف ٥٧ ص ٧٥ .

خاتمة

١٦٢ — تعرضنا فى هذه الدراسة للاجتماع الانسانى كموضوع للنظام القانونى ، وذلك كمقابل لتعرض علم الاجتماع لدراسة القانون الذى يحكم الاجتماع الانسانى . ولا نحسبنا قد اختتمنا بل انطلقنا فى ذلك المجال : مجال دراسة الاجتماع الانسانى باعتباره اجتماعاً قانونياً . ولهذا ما كنا نريد أن نضع خاتمة لهذه الدراسة ، لولا أنه لابد لكل دراسة من أن تقف عند حد ، كما لابد لها عندما تقف عند هذا الحد من خاتمة لا يقصد بها سوى اجمال ما وصلت أو خلصت اليه .

فماذا خلصنا من هذه الدراسة التى عرضت فى فصل أول لظاهرة الاجتماع الانسانى ، ثم عرضت فى فصل ثان لمستويات الاجتماع الانسانى ؟

فأما ما خلصنا اليه من دراستنا لظاهرة الاجتماع الانسانى فيمكن اجماله فى أمرين تجتمع لهما صفة اللزوم والتلازم بحيث يعد ثانيهما بالنسبة لأولهما من قبيل لزوم ما يلزم . وما يلزم هو الاجتماع الانسانى ، الذى لا يمكن أن تقوم حياة انسانية بدونه ، والذى بصدد تحققنا من لزومه حددنا المقصود بأن الانسان كائن اجتماعى . ولزوم ما يلزم هو القانون ، الذى يستلزمه الاجتماع اللازم للانسان ، والذى بصدد تحققنا من لزومه بينا أسباب لزومه ونفينا أنه قامت من قبيل مجتمعات بلا قانون ولا يتصور أن تقوم من بعد مجتمعات بلا قانون . وهذا ما اقتضانا أن نناقش كلا من المذهب الفوضى والمذهب الشيوعى لنخرج من هذه المناقشة باستبعاد ما يتوقعانه من قيام مجتمعات بلا قانون .

وأما ما خلصنا اليه من دراستنا لمستويات الاجتماع الانسانى فيتعدد بتعدد هذه المستويات :

فعلى المستوى الأول ، مستوى الارتباطات الاجتماعية ، خلصنا إلى ما يمكن أن نجمله فيما يلى :أولا ، أن تقسيم هذه الارتباطات إلى انتمائية وتقابلية ينبع عنه تقسيم العلاقات والقواعد القانونية إلى جماعية وفردية . ثانياً ، أن الوحدات الاجتماعية الأولية التى يرتبط أفرادها ارتباطاً انتمائياً يمكن أن تكون اطارا لقيام عرف خاص . ثالثاً ، أن انقسام الارتباط التقابلى إلى تقاربى وتباعدى و مختلط ينعكس على العلاقات القانونية التى تنبثق عن كل منها .

وعلى المستوى الثانى ، مستوى الجماعات ، خلصنا ، بعد تحديدنا لمقوماتها ، إلى ما يمكن أن نجمله فيما يلى : أولا ، أن هذه الجماعات التى تتوسط بين الفرد والمجتمع قد عاد لها مكانها فى النظام القانونى . ثانياً ، أن اعتراف النظام القانونى بهذه الجماعات قد يصل وقد لا يصل إلى الاعتراف لها بشخصية قانونية . ثالثاً ، أنه يمكن أن تنشأ داخل هذه الجماعات قواعد قانونية غير تلك التى يكون مصدرها العرف الجماعى ، ولكن لا يعد تنظيمها القانونى نظاماً قانونياً يقوم بجانب النظام القانونى للمجتمع .

وعلى مستوى الثالث ، مستوى المجتمعات ، عرضنا لتحديد علاقة الفرد بالمجتمع و خلصنا إلى ما يمكن أن نجمله فيما يلى : أولا أن المذهب الفردى يوجه اليه من الانتقادات ما يجعلنا نستبعده ، ثانياً ، أن المذهب الجماعى أو العضوى يوجه إلى من الانتقادات ما يستوجب استبعاده ، سواء فى صورته الحيوية التى قال بها المذهب البيولوجى أو فى صورته

الروحية التي قال بها هيجل والتي طبقتها الفاشية كما تعد النازية تطبيقاً جزئيالها.
ولقد اقتضاناذلك أن نعرض للتصوير الحيوى وشبهالحيوى للمجتمع، كما اقتضانا
أن نتتبع جدلية هيجل سواء فى تطبيقه لها على التاريخ أو على الفكر ليصل
إلى أن الدولة كما حددها غاية فى ذاتها لها حق مطلق على أفرادها . ثالثاً ،
أن موقف كل من اهرنج وديجى والماركسية موقف لا فردى ولا جماعى .
رابعاً ، أن موقف اشتراكيتنا يختلف عن موقف الماركسية وان كان أيضاً
لا فردى ولا جماعى. خامساً ، أن ما يبدو من تضاد وتنازع بين الفرد
والمجتمع هو فى حقيقته تنازع بين الأفراد والجماعات .

تم بحمد الله

مراجع البحث

١ ـ باللغة العربية :

ابن خلدون : المقدمة ، دار احياء التراث العربى ، بيروت .

أحمد جامع : الفوضوية بين الفردية والإشتراكية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية س١٩ ع ١ ص ١٤٥ .

أحمد سلامه : دروس فى المدخل لدراسة القانون ، القاهرة ١٩٦٥ .

الشاطبى : الموافقات فى أصول الأحكام ، المطبعة السلفية ، القاهره ١٣٤١ هـ .

بدران أبوالعينين بدران : أصول الفقه ، الإسكندرية ١٩٦٩ .

جلال العدوى : قانون العمل ، الإسكندرية ١٩٦٨ .

حسن الساعاتى : علم الاجتماع القانونى ، ط ٣ ، القاهرة ١٩٦٨ .

حسن سعفان : أسس علم الاجتماع ط ٦.

حسن كيره : أصول القانون ، ط ٢ ، الإسكندرية ١٩٥٩ — ١٩٦٠ .

شمس الدين الوكيل : المدخل لدراسة القانون : القاعدة القانونية ، الإسكندرية ١٩٦٢

شاتليه (فرانسوا) : هيجل ، ترجمة جورج صدقنى ، دمشق ١٩٧٠ .

طه بدوى : أصول علوم السياسة ، الإسكندرية ١٩٦٧ .

عاطف غيث : علم الاجتماع ، جا ، الإسكندرية ١٩٦٦ .

عبد الحى حجازى : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، القاهره ١٩٦٦ .

عبد الفتاح الديدى : هيجل ، القاهرة ١٩٦٧ .

عبد المنعم البدراوى : المدخل للعلوم القانونية ، بيروت ١٩٦٧ .

عبد المنعم الصدة : أصول القانون ، بيروت ١٩٧١ .

ماكيفر وبيج : المجتمع ، ترجمة الدكتور على عيسى ، القاهرة ١٩٦١ .

محمد كامل ليله : مبادىء القانون الادارى ، بيروت ١٩٦٨ .— ١٩٦٩ .

مصطفى أبوزيد : فى الحرية والاشتراكية والوحدة ، الاسكندرية ١٩٦٦ .
النظرية العامة للقومية العربية ، بيروت ١٩٦٩ .

مصطفى الخشاب : علم الاجتماع ومدارسه ، الكتاب الأول ط ٣ ، الكتاب الثانى ط٢ ، الكتاب الثالث ط ١ .

٢ – باللغات الاجنبية :

Ronnard (R.) Le droit et l'Etat dans Le National-Socialisme, Paris 1936.

Breillat, Milhaud (M.) Les libertés publiques dans L'Italie faciste, Paris 1939.

Brimo (A.) Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat, Paris 1967.

Burdeau Traité de seience politique

Capitant (R.) L'illicite, T.I L'impératif juridique, Paris 1929.
Hobbes et l'Etat totalitaire, A.P.D.S.J, 1936 p. 46.

Dabin (J.) Théorie générale du droit , 2e éd 1953.

Delogu (T.) La loi penale et son application, Alex. 1956—1957.

De La Gressaye & Laborde Lacoste Introduction générale à l'étude du droit, Paris 1947.

De La Morandière & Scelle, Esmein, Lévy-Bruhl Introduction à l'étude du droit, Paris 1951.

Del Vecchio (G.) Philosophie du droit, Paris 1953.

Dugutit (L.) L'Etat, le droit objectif et la loi positive, Paris 1901.
Les transformations générales du droit privé 2e éd Paris 1920. Traité du dorit constitutionel.

Du Pasquier (C) Introduction à la théorie générale et à la philosophie du dr, 6e éd.

Fleischmann (E) La philosophie politique de Hegel, Paris 1964.

Freidmann Legal theory, 5th ed., London 1967.

Fuller (L.) Freedom : a suggested analysis. Harvard law review vol. 68 p. 1305.

Gény (F.) Science et technique en droit prive positif, Paris 1914—1924

Gounot (E.) Le principe de L'autonomie de la volonté en droit privé, th. Dijon 1912.

Gurvutch (G.) Le temps présent et l'idée du dorit social, Paris 1932.
Sociologie juridique, Paris
Traité de sociologie, Paris 1962.
La vocation actuelle de la sociologie, 4e éd., Paris 1968.

Haesaert Théorie générale du dro't, Brux. 1948.

Hegel Principe de la philosophie du droit, Gallimard 1940.

Marty & Raynaud Droit civil T. I

Maspetiol (R.) Droit, société civile et Etat dans la pensée de Hegel, A. P.D. T.XII, 1967. p. 91.

Reale (E.) L'Italie, Paris 1934.

Roubier (P.) Théorie générale du droit, 2e éd 1951.

Sarwat Anis Al-Assiuty Genése et évolution des doctrines philosophiques Revue AL Qanoun Wal Iqtisad, XXXII — XXXIII.

Stoyanovitch (K.) Marxisme et droit, Paris 1964.

Villey (M.) Leçons d'histoire de la philosphie du droit, Paris 1957.

Waline (M.) L'individualisme et le droit, 2e éd. Paris 1949.

Weil (E.) Hegel et l'Etat, Paris 1950.

هيكل البحث

مقدمه

الفصل الأول

ظاهرة الاجتماع الانسانى

المبحث الاول

لزوم الاجتماع الانسانى

المبحث الثانى

لزوم القانون للاجتماع الانسانى

لماذا يوجد القانون فى مجتمعاتنا ؟

هل وجدت مجتمعات بلا قانون ؟

هل يتصور وجود مجتمعات بلا قانون ؟

المذهب الفوضوى

المذهب الشيوعى

الفصل الثانى

مستويات الاجتماع الانسانى

المبحث الاول

مستوى الارتباطات الاجتماعية

الارتباط الانتمائى

الارتباط التقابل

المبحث الثانى

مستوى الجماعات

موضع الجماعات فى الاجتماع الانسانى

§ ٢ - العضوية الروحية

المذهب الهيجلى

النظامان الرئاسي والبرلماني[1]

في دساتير الدول العربية

للدكتور محمد فؤاد مهنا

نظام الحكم الديموقراطي النيابي البرلماني ومثله نظام الحكم الديموقراطي النيابي الرئاسي نظامان من أنظمة الديموقراطية الغربية نشأ أصلا في دول أوربا وأمريكا . وعن هذه الدول أخذت دساتير الدول العربية أو دساتير غيرها من دول أمريكا اللاتينية وأسيا وأفريقيا .

وليس لكل من هذين النظامين صورة واحدة محددة يرسمها دستور الدولة أو الدول التي نشأ فيها . ولكن لكل منهما وبصفه خاصة النظام البرلماني صور متعددة تختلف في بعض وجوهها باختلاف الدول التي أخذت بها بل وتختلف في الدولة الواحدة تبعاً لتطور الظروف .

ولهذا فان دراسة النظامين الرئاسي والبرلماني في دساتير الدول العربية تتطلب أولا وقبل كل شيء تفهم حقيقة هذين النظامين في نشأتهما وتطورهما في الدول التي تعتبر مصدرا يعتمد عليه في دراسة هذين النظامين وهي في نظرنا انجلترا وأمريكا .

غير أنه يلاحظ مع ذلك ان الفقه الدستوري قد رسم لكل من النظامين صورة تقليدية أو كلاسيكية حدد فيها العناصر التي يتكون منها كل من النظامين والأسس التي يقوم عليها .

---

(١) البحث الذي نقدمه اليوم يونيه ١٩٦٩ للنشر هو في أصله الباب الثالث من دروس القانون الدستوري التي ألقيت على طلبة قسم الماجستير في جامعة بغداد في العام الجامعي ١٩٦٨-١٩٦٩.

ونظراً لأنه لم يسبق نشر هذه الدروس فقد رأينا أن نقدمها للنشر بمجلة الحقوق في صورة بحث مستقل .

وبالرغم من أن هذه العناصر والأسس ليست فى الواقع متوافرة بصورة واحدة وبقدر واحد محدد فى كل النظم البرلمانية والرئاسية المعروفة فى الوقت الحاضر الا أن الرأى العلمى فى الفقه الدستورى متفق على أن هذه العناصر والأسس تمثل الصورة العامة التقليدية لكل من النظامين . ولهذا رأينا ان نقسم دراستنا فى هذا البحث إلى ثلاثة فصول :

فصل أول ندرس فيه الصورة العامة التقليدية لكل من النظامين الرئاسى والبرلمانى .

وفصل ثان ندرس فيه الصورة الحقيقية لكل من النظامين فى التطبيق العملى فى الدول التى نعتبرها مصدراً حقيقياً لهذين النظامين .

وفصل ثالث وأخير نخصصه لدراسة النظامين فى دساتير الدول العربية .

الفصل الأول

الصورة التقليدية

للنظامين الرئاسى والبرلمانى

ندرس فى هذا الفصل الصورة التقليدية لكل من النظامين فى مبحث مستقل :

المبحث الأول

الصورة التقليدية للنظام البرلمانى

النظام البرلمانى هو أساساً نظام نيابى لكنه يتميز بعدة مميزات أساسية : ويمكن تعريفه بانه النظام الذى يعهد بادارة شئون الحكم إلى البرلمان ورئيس الدولة عن طريق وزارة مسئولة أمام البرلمان (١) .

والنظام البرلمانى ليس نظاماً جامداً له صورة واحدة فى أصولها وتفصيلاتها ولكنه يتميز بالمرونة ، بمعنى انه يمكن أن تكون له أكثر من صورة تختلف فيما بينها من بعض الوجوه مع اتفاقها كلها من حيث اعتبارها نظاماً برلمانياً .

أسس النظام البرلمانى

يرى الفقه الدستورى بوجه عام أن ثمة أسساً محددة يجب أن تتوافر فى نظام الحكم حتى يمكن أن يقال عنه أنه نظام برلمانى .

حقيقة يلاحظ ان هذه الأسس قد يتناولها أو يتناول بعضها شىء من التنوع أو التطوير لكنها فى جوهرها أسس لازمة لاقامة نظام برلمانى

---

(١) بيردو القانون الدستورى والنظم السياسية ١٩٦٦ ص ١٤٠

سليم . هذه الأسس ثلاثة وهى التوازن ، والتعاون ، والرقابة المتبادلة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية .

١ — التوازن بين السلطتين :

يقصد بالتوازن (١) بين السلطتين التنفيذية والتشريعية أن لا يكون لأى من السلطتين سيطرة أو نفوذ دائم على السلطة الأخرى .

والتوازن المطلوب هنا يتناول البرلمان والوزارة ورئيس الدولة .

وتحقيق هذا التوازن يتطلب أن تكون كل من السلطتين التنفيذية والتشريعية مستقلة عن الأخرى أى أن لا تكون احداهما خاضعة للأخرى .

واستقلال السلطة التشريعية مكفول فى الأصل كنتيجة طبيعية لتكوين هذه السلطة عن طريق الانتخاب .

أما استقلال السلطة التنفيذية فيتحقق بوسيلتين :

الأولى : ازدواج السلطة التنفيذية من حيث تكوينها ، بمعنى أن يعهد باختصاصات هذه السلطة لعضوين بدلا من عضو واحد يجمع فى يده كل الاختصاصات .

وعلى هذا الأساس تتكون السلطة التنفيذية فى الصورة التقليدية للنظام البرلمانى من رئيس دولة غير مسئول ووزارة مسئولة أمام البرلمان .

وهذا التكوين المزدوج للسلطة التنفيذية من شأنه أن يكفل استقلال هذه السلطة فى شخص رئيس الدولة . وفى نفس الوقت يكفل تحقيق ديموقراطية الحكم فى شخص الوزارة المسئولة أمام ممثلى الشعب (البرلمان) .

---

(١) يرى الأستاذ بيردو أن المطلوب هنا هو المساواة بين السلطتين (المرجع السابق ص ١٤٠ — ١٤٤).

الثانية : والوسيلة الثانية لتحقيق استقلال السلطة التنفيذية هى اختيار رئيس الدولة من خارج البرلمان أو بعبارة أخرى من غير أعضاء البرلمان .

وتكتمل صورة هذا الاستقلال بأن يكون الرئيس الذى يختار من خارج البرلمان شخصية ممتازة يتمتع بنفوذ واحترام شخصى فى نظر الجميع .

٢ — التعاون بين السلطتين :

ان استقلال كل سلطة عن الأخرى قد يؤدى إلى أن تتجاهل كل من السلطتين السلطة الأخرى،ولكن النظام البرلمانى لا يسمح بهذا التجاهل أو بهذا النوع من الاستقلال لأنه يقوم على أساس الاستقلال مع التعاون بين السلطات .

وتحقيق التعاون فى النظام البرلمانى يتم عن طريق الوزارة .

ذلك لأن الوزارة فى النظام البرلمانى هى التى ترسم السياسة العامة للدولة وهى فى نفس الوقت مسئولة أمام البرلمان عن هذه السياسة وعن ممارستها لشئون الحكم بوجه عام .

ومن جهة أخرى يقوم الوزراء بوصفهم أعضاء فى البرلمان ورؤساء —فى نفس الوقت—للوزارات برسالة مزدوجة تحقق التعاون بين السلطتين .

فهم — من ناحية — يقومون بايضاح وشرح مشروعات السلطة التنفيذية والدفاع عنها أمام البرلمان .

ومن ناحية أخرى ينقلون رغبات الشعب إلى رئيس الدولة .

وبهذا يتحقق التعاون بين السلطتين التشريعية والتنفيذية إلى حد يمكن معه القول بوجه عام بأن قرارات الحكومة فى النظام البرلمانى تصدر باتفاق رئيس الدولة وممثلى الشعب (١) .

---

(١) بيردو المرجع السابق ص ٦٤٦ .

٣ ــ الرقابة المتبادلة بين السلطتين :

قلنا فيما تقدم أن ثمة تعاون بين السلطتين فى النظام البرلمانى وأنه بفضل هذا التعاون تصدر قرارات السلطة التنفيذية باتفاق رئيس الدولة وممثلى الشعب .

غير أن النظام البرلمانى لا يفرض الاتفاق بين السلطتين التنفيذية والتشريعية فى كل الأحوال . أو بعبارة أخرى لا يحول دون إمكان قيام خلاف بين السلطتين . وهو فى هذه الحالة (حالة الخلاف) يضع فى يد كل من السلطتين من الوسائل ما يمكنها من مراقبة السلطة الأخرى .

فالوزارة فى النظام البرلمانى مسئولة عن أعمالها (وأهمها رسم سياسة الدولة) أمام البرلمان . وللبرلمان أن يعترض على سياسة الوزارة حتى ولو لم تتضمن أية مخالفة لمبدأ المشروعية . وله أن يسحب الثقة منها . وفى هذه الحالة يجب على الوزارة أن تستقيل .

ومن ناحية أخرى وفى مقابل سلطة إسقاط الوزارة التى يملكها البرلمان تملك السلطة التنفيذية حق حل البرلمان .

عناصر النظام البرلمانى

عناصر النظام البرلمانى ثلاثة نحددها ونتكلم عن كل منها بشىء من التفصيل فيما يلى :

العنصر الأول : رئيس الدولة . وهو فى النظام البرلمانى رئيس للدولة فقط وليس رئيساً للحكومة . ومعنى هذا أنه لا يمارس شئون الحكم بنفسه ولا يسأل عن أعماله ، وانما يكون فى الحقيقة بمثابة حكم أعلى (١) يعمل نفوذه فى حالة الخلاف بين الوزارة والبرلمان لتحقيق المصلحة الوطنية .

---

(١) Premier Magistrat.

ورئيس الدولة فى النظام البرلمانى قد يكون ملكاً وراثياً كما قد يكون رئيساً للجمهورية أى رئيساً منتخباً . ومعنى هذا أن طريقة اختيار رئيس الدولة ليس لها أهمية فى النظام البرلمانى وانما المهم ان هذا الرئيس لا يمارس شئون الحكم بنفسه ولا يكون مسئولا .

وليس معنى هذا أن رئيس الدولة ليس له أى دور فى توجيه الحكم إذ الواقع ان لرئيس الدولة نفوذا وتأثيرا فى توجيه هذه الشئون . ويظهر هذا النفوذ والتأثير بصفة خاصة فى حالة تعدد الأحزاب دون أن يحصل احدها فى الانتخابات على الأغلبية المطلقة لاعضاء المجلس التشريعى .

ويستمد رئيس الدولة هذا النفوذ والتأثير من مصدرين :

الأول : ما يتمتع به من تقدير واحترام شخصى :

والثانى : حقه الدستورى فى اختيار رئيس الوزراء وفى رئاسة مجلس الوزراء وفى الامتناع عن التوقيع على القرارات .

العنصر الثانى : الوزارة . وتعتبر حجر الأساس فى النظام البرلمانى .

ويمكن تحديد وضع الوزارة والوزراء فى النظام البرلمانى كما يلى :

١ ـ الوزارة هى التى تمارس شئون الحكم وتسأل عن عملها فى هذا الشأن أمام البرلمان .

٢ ـ لا يمكن أن تستمر الوزارة فى ممارسة شئون الحكم الا بالاستناد إلى ثقة البرلمان . فاذا فقدت هذه الثقة وجب عليها أن تستقيل .

٣ ـ يعتبر الوزراء موظفين عموميين . وهم يختارون كقاعدة عامة من بين أعضاء البرلمان (١) لكن البرلمان لا يعينهم وانما يعينون من قبل رئيس الدولة (٢).

---

(١) يجوز استثناء أن لا يكون الوزير عضواً فى البرلمان .

(٢) رئيس الدولة يختار رئيس الوزراء ورئيس الوزراء يختار الوزراء ويعينهم رئيس الدولة بناء على اقتراح رئيس الوزراء .

٤ — للوزراء بوجه عام حق حضور جلسات البرلمان والاشتراك فى المناقشات .

العنصر الثالث : البرلمان . ويتكون عادة من مجلسين . وذلك بقصد تحقيق التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية .

فكما أن السلطة التنفيذية تتكون من رئيس الدولة والوزارة ، تتكون السلطة التشريعية أيضاً من مجلسين مجلس النواب ومجلس الشيوخ .

غير أن وجود مجلسين تشريعيين ليس شرطاً أساسياً فى النظام البرلمانى وللبرلمان كما سبق القول حق إسقاط الوزارة .

المبحث الثانى

الصورة التقليدية للنظام الرئاسى

يتفق النظام الرئاسى مع النظام البرلمانى فى أنه أساساً نظام ديموقراطى نيابى .

غير أنه فيما عدا ذلك يختلف النظامان اختلافاً جوهرياً .

فبينما يقوم النظام البرلمانى على أساس التعاون والرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية . يقوم النظام الرئاسى على العكس على أساس الفصل المطلق بين السلطتين . أو بعبارة أخرى على أساس استقلال كل من السلطتين بوظيفتها دون أن يقوم بينهما تعاون أو رقابة متبادلة (١) بل إن العلاقة بينهما فى صورتها التقليدية تكاد تنحصر فى حق كل من السلطتين فى وقف عمل الأخرى فى حدود معينة .

ومن هذا العرض السريع يتبين ان النظام الرئاسى يقوم على أساسين :

الأول : استقلال كل من السلطتين التنفيذية والتشريعية بوظيفتها إلى حد يمكن معه القول بأن كلا من السلطتين تنفرد بممارسة وظيفتها .

---

(١) يلاحظ أن أبرز صورة للنظام الرئاسى فى الوقت الحاضر هى الصوره القائمة فى الولايات المتحدة الأمريكية .

والثانى : حق كل من السلطتين فى تعويق سير عمل السلطة الأخرى أو وقفه فى حالات معينة .

ويمكن حصر مظاهر استقلال كل من السلطتين فيما يلى :

١ — رئيس الدولة يختار بواسطة الشعب بالانتخاب وهو فى نفس الوقت رئيس الحكومة وهو الذى يتولى السلطة التنفيذية ويمارسها بمعنى أن كل اختصاصات السلطة التنفيذية تجتمع فى شخص رئيس الدولة .

٢ — على عكس الحال فى النظام البرلمانى تتكون السلطة التنفيذية من عضو رئيسى واحد هو رئيس الدولة وذلك لأن الوزراء ليس لهم فى هذا النظام اختصاص مستقل يستمدونه من الدستور وإنما هم مجرد سكرتيرين للرئيس يعينهم الرئيس ويحدد لكل منهم ما يقوم به من أعمال .

٣ — ليس الوزراء أعضاء فى البرلمان وليس لهم حق حضور جلساته .

٤ — لا يشترك الرئيس مع البرلمان فى ممارسة الوظيفة التشريعية . وكل ما يمكنه عمله فى هذا الشأن هو أن يوجه للبرلمان رسالة سنوية يضمنها مقترحاته فى هذا الشأن . وللبرلمان حرية الأخذ بهذه المقترحات أو عدم الأخذ بها .

٥ — يمارس البرلمان السلطة التشريعية بأرادته وحده مستقلا عن السلطة التنفيذية .

٦ — ينعقد البرلمان ويباشر وظيفته التشريعية دون تدخل من جانب الرئيس بمعنى أن الرئيس لا يدعو البرلمان للانعقاد ولا يحضر جلساته ولا يؤجل هذه الجلسات .

٧ — لا يملك الرئيس حق حل البرلمان كما أن البرلمان لا يملك مساءلة الرئيس أو اجباره هو أو وزراؤه على الاستقالة .

هذا فيما يتعلق باستقلال كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية. أمافيما يتعلق بحق كل من السلطتين فى تعويق أو وقف عمل الأخرى فيمكن حصر مظاهره فيما يلى :

١ ـ لرئيس الدولة ورئيس الحكومة حق اعتراض توقيفى على التشريعات التى يوافق عليها البرلمان . ويزول هذا الاعتراض ويصبح القانون المعترض عليه واجب التنفيذ إذا وافق عليه المجلسان بعد ذلك باغلبية خاصة .

٢ ـ موافقة مجلس الشيوخ لازمة بالنسبة لتعيين كبار الموظفين ، وبالنسبة لاقرار المعاهدات . وهذه الأعمال التى يلزم موافقة الشيوخ عليها تحدد عادة فى الدستور (١) .

٣ ـ للبرلمان سلطات محددة فيما يتعلق بالميزانية ولجان التحقيق (٢) .

---

(١) من الواضح أن عدم موافقة مجلس الشيوخ يعطل عمل السلطة التنفيذية .

(٢) أثر هذه الاجراءات على عمل السلطة التنفيذية واضح .

الفصل الثانى

النظامان البرلمانى والرئاسى

فى مجال التطبيق

ليست النظم السياسية فى حقيقتها قوالب جامدة لها حدود وأركان ثابتة، ولكنها على العكس صور حية متطورة تتأثر فى مجال التطبيق بعوامل وظروف مختلفة متشعبة . ولهذا فاننا لكى ندرك حقيقة كل من النظامين البرلمانى والرئاسى يجب أن لا نقف عند الصورة العامة التقليدية التى يرسمها الفقه الدستورى لكل من النظامين وانما يجب أن ندرس بعناية تطبيقات كل من النظامين أو بعبارة أدق الصورة الحية لكل من النظامين فى مجال التطبيق العملى .

ولتحقيق هذه الغاية نخصص هذا الفصل لدراسة الصورة الحقيقية للنظامين فى الدولة أو الدول التى تعتبر مصدرا حقيقيا لكل من النظامين وهذه الدول هى انجلترا وفرنسا بالنسبة للنظام البرلمانى . والولايات المتحدة الأمريكية بالنسبة للنظام الرئاسى .

المبحث الاول

النظام البرلمانى فى انجلترا

ما هى عناصر النظام السياسى الانجليزى . وما هو الدور الحقيقى الذى يؤديه كل عنصر من هذه العناصر ؟ وكيف تتفاعل هذه العناصر فيما بينها . وما هو سر نجاح هذا النظام فى ضمان استقرار الحكومة الانجليزية ؟

نجيب عن كل هذه التساؤلات فيما يلى :

أولا
عناصر النظام السياسى فى انجلترا ودور كل منها فى التطبيق
البرلمان - الوزارة - الملك

أولا — البرلمان :

١ — يتكون البرلمان من مجلسين . مجلس العموم ومجلس اللوردات . ولكن السلطة الحقيقية فى يد مجلس العموم .

أما مجلس اللوردات فليس له سلطة فى المسائل المالية . وبالنسبة لباقى التشريعات تنحصر سلطته فى حق اعتراض توقيفى يزول إذا وافق مجلس العموم على القانون فى ثلاث مداولات تالية فى بحر سنة .

٢ — لمجلس العموم حق مراقبة أعمال الوزارة . فله أصلا حق اثارة المسئولية الوزارية تمهيداً لاسقاط الوزارة . لكن المجلس لا يستعمل هذا الحق عملا بسبب النظام الحزبى القائم فى انجلترا (١) .

ولهذا فان أداة الرقابة الحقيقية التى يستخدمها مجلس العموم فى التطبيق العملى تتركز أساساً فى الأسئلة العلنية . ونظر لأهمية هذا النوع من الرقابة يقضى النظام المعمول به بتخصيص ساعة فى أول كل جلسة للاجابة على أسئلة النواب . ومن حق موجة السؤال أن يعقب على اجابة الوزير بما يراه .

ثانياً — الوزارة والوزير الأول :

١ — الوزارة هى العنصر الأساسى فى الجهاز الحكومى الانجليزى لأنها — فى الواقع — هى التى توجه الدولة والبرلمان .

والوزارة Cabinet التى نقصدها هنا لا تشمل كل الوزراء وانما تشمل عددا محدوداً منهم هم الذين لهم الحق فى عضوية مجلس الوزراء (٢) ولا يتجاوز عددهم فى الغالب ١٥ أو ٢٠ وزيراً .

---

(١) أن وجود حزبين كبيرين متعادلين فى القوة لكل منهما نظام عمل دقيق يكفل تضامن الحزب وعدم خروج أعضاء الحزب عن السياسة التى رسمها الحزب .

(٢) عدد الوزراء عادة كبير وكان فى سنة ١٩٦٦ (١٠٧) ويشمل هذا العدد أشخاصاً يتولون عدداً من المناصب الكبيرة فى الدولة غير رئاسة الوزارات .

ويشمل هذا العدد سكرتيرى الدولة والسكرتيرين المساعدين أو السكرتيرين البرلمانيين .

اختصاصات وسلطات الوزارة : يشمل هذا الاختصاص بوجه عام تحديد السياسة العامة للدولة ومراقبة السلطات الادارية واقتراح القوانين والسيطرة على الشئون المالية .

٢ — الوزير الأول : هو الرئيس الحقيقى للدولة .

فهو الذى يعين الوزراء ويحدد من يشترك منهم فى عضوية مجلس الوزراء Cabinet ويحدد دائرة عمل كل منهم ويراقب سياسة كل منهم فى وزارته (١) . وهو الصلة الوحيدة بين الوزراء والملك (٢) .

والوزير الأول فوق هذا كله هو الذى يملك فعلا سلطة حل مجلس العموم .

ثالثاً — الملك :

الملك فى وضعه الحقيقى رمز للدولة تتركز فيه مشاعر الشعب بالولاء والاخلاص للوطن وهو يمثل عنصر الثبات والاستقرار فى النظام الانجليزى .

وإذا كانت بعض الحقوق قد تقررت باسم الملك ، الا أنه فى التطبيق العملى لا يمارس هذه الحقوق .

ويعتبر هذا الوضع تطبيقاً سليما لمبدأ عام مسلم به فى انجلترا وهو أن الملك لايخطىء . والنتيجة الطبيعية لذلك هى أنه لا يحكم ولا يسأل . ذلك أن الملك نظرياً يختار رئيس الوزراء (الوزير الأول) لكن الواقع انه ليس لارادته الشخصية دور فى هذا الاختيار لأن نتيجة الانتخابات هى التى تحدد الحزب الغالب . والملك يختار زعيم الأغلبية لرئاسة الوزارة . وفيما يتعلق بتعيين الوزراء يقتصر دور الملك عملا على الموافقة على ما يقرره الوزير الأول فى هذا الشأن .

---

(١) يشترك الوزير الأول مع وزير الخارجية فى مباشرة السياسة الخارجية .

(٢) لا يتصل أى وزير بالملك إلا عن طريق الوزير الأول .

كذلك يعتبر التصديق على القوانين قبل نفاذها من حق الملك . غير أنه لم يعرف منذ مئات السنين أن الملك رفض التصديق على قانون أقره البرلمان .

وكذلك الحال أيضاً بالنسبة لحل مجلس العموم فان هذا الحق مقرر باسم الملك ولكنه عملا بيد الوزير الأول . بمعنى أن صاحب السلطة عملا . فيما يتعلق بحل مجلس العموم هو الوزير الأول لا الملك . ويمكن القول بوجه عام ان الملك بحكم وضعه فوق الأحزاب وبحكم طول مدة بقائه فى مركز رئاسة الدولة يتمتع باحترام الجمع ويستشيره الوزير الأول فى مهام الأمور لكن الأثر الذى يحدثه ذلك فى شئون الدولة غير حاسم لأن رأى الملك استشارى غير قاطع (١) .

ثانيا
العلاقه بين الوزارة والبرلمان

هل يمكن القول بأن هناك توازناً حقيقياً بين الوزارة والبرلمان بمعنى ان الكفتين متعادلتان كما تقضى بذلك النظرية التقليدية للنظام البرلمانى ؟

الحقيقة ان مركز الوزارة فى النظام الانجليزى أقوى من مركز البرلمان وأن الوزارة هى فى الواقع صاحبة اليد العليا وهى العامل المؤثر فى توجيه سياسة الدولة بل أنها هى التى تقود مجلس العموم وذلك للأسباب الآتية :

١ ــ ان الوزارة هى التى تدعو المجلس للانعقاد وتؤجل جلساته وتملك حق حل المجلس .

٢ ــ تتمتع الوزارة فى انجلترا باستقرار أكيد ظاهر .

٣ ــ ان الوزارة ليست مجرد لجنة منبثقة من البرلمان تستمد سلطتها منه ولكنها فى الواقع هيئة منتخبة من الشعب تستمد سلطتها ونفوذها من الشعب .

---

(١) الدكتور السيد صبرى : حكومة الوزراء ١٩٥٣ ص ٣٣٦ .

ذلك لأن معركة الانتخابات فى إنجلترا لا تدور حول أشخاص أعضاء البرلمان ، ولكنها تدور فى الحقيقة حول برنامجين لحزبين كبيرين متنافسين يقدم كل منهما برنامجه للناخبين ويكون لكل منهما وزارة معدة لتولى الحكم فى حالة فوز الحزب فى الانتخابات .

فالحزب الحاكم له وزارته التى تتولى شئون الحكم فعلا وهى معروفة للناخبين . والحزب المعارض له أيضاً وزارة مشكلة مسبقاً ومعدة لتولى شئون الحكم فى حالة فوز الحزب فى الانتخابات وتكون هذه الوزارة معروفة أيضاً للشعب ويطلق عليها عادة اسم وزارة الظل Shadow Cabinet .

وعلى هذا الأساس فان التصويت فى الانتخابات يكون منصباً فى الواقع على وزارة معروفة وبرنامج وزارى معروف .

وعلى هذا الأساس أيضاً تعتبر الوزارة التى تتولى الحكم عقب الانتخابات فى حكم الوزارة المنتخبة من الشعب مباشرة .

حقيقة التوازن بين السلطات فى النظام السياسى الانجليزى :

لا يمكن أن تعتبر الوزارة والبرلمان سلطتين متوازيتين أو متقابلتين وفقاً لمفهوم مبدأ التوازن بين السلطات المعروف فى النظام البرلمانى فى صورته التقليدية .

وذلك لأن الوزارة تتكون فى النظام السياسى الانجليزى من حزب الأغلبية فى مجلس العموم . وهذه الأغلبية تقف بحكم التنظيم الحزبى فى جانب الوزارة تسندها وتؤيدها ضد الحزب المعارض .

وإذا كان الأمر كذلك فما الذى يكفل توازن السلطة إذن ويحول دون تحول نظام الحكم القائم إلى نظام دكتاتورى لصالح الحزب المنتصر فى الانتخابات ؟ .

لا شك إن الحزب المنتصر فى الانتخابات هو الذى يحكم فعلا عن طريق الوزارة التى تعتبر بمثابة هيئة أركان حرب للحزب .

ولكن سلطة الحزب الحاكم مقيدة عملا بوجود حزب معارض يملك قوة متعادلة مع قوة الحزب الحاكم لا من ناحية الواقع فقط ولكن من الناحية الدستورية أيضاً . ذلك لأن المعارضة فى انجلترا ليست مجرد واقع ولكنها مؤسسة سياسية لها دور ووضع رسمى معترف به . ويطلق على زعيم المعارضة اصطلاح زعيم معارضة صاحب الجلالة وله مكتب خاص بالمعارضة ويتقاضى مرتباً ويستشار فى المسائل الهامة .

ثالثا
سر نجاح النظام السياسى فى انجلترا

قدمنا أن التوازن والرقابة المتبادلة بين الوزارة والبرلمان ليس لهما وجود حقيقى فى التطبيق فى النظام الانجليزى لأن حق اسقاط الوزارة عن طريق سحب الثقة منها ليس مطبقاً عملا . واستخدام حق الحل بالنسبة لمجلس العموم لايأتى نتيجة أزمة ثقة بين الوزارة والبرلمان .

ولهذا فلا يمكن القول بأن نجاح النظام السياسى الانجليزى يرجع إلى قيام توازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية .

وانما الحقيقة ان سر هذا النجاح يرجع إلى أمرين :

(الأول) وجود حزبين كبيرين متعادلين فى القوة تقريباً يتبادلان الحكم ولكل منهما وضع معترف به فى النظام السياسى . فالحزب الحاكم يتولى شئون الحكم متمتعاً بالسلطات الدستورية المعروفة . والحزب المعارض له مركزه الرسمى المعترف به من جانب الحكومة وله دوره فى سياسة الدولة كمستشار للحكومة فى المسائل الهامة . وقد سبق بيان ذلك .

(الثانى) أن بين الوزارة والبرلمان ارتباط وثيق فى ظل نظام حزبى دقيق . وقد ترتب على هذا الارتباط خلق وحدة بين الثقة بالوزارة وحل مجلس العموم . وجعل من المتعذر قيام أحدهما دون الآخر .

المبحث الثانى

النظام البرلمانى فى فرنسا

عرفت فرنسا منذ سنة ١٨٧٥ إلى الآن ثلاثة دساتير . دستور سنة ١٨٧٥ (١) ودستور ٢٧ من اكتوبر سنة ١٩٤٦ ، وأخيراً دستور ٤ من اكتوبر سنة ١٩٥٨ .

ولم يثر خلاف حول طبيعة النظام السياسى الذى أنشأه كل من دستور سنة ١٨٧٥ ودستور سنة ١٩٤٦ باعتباره نظاماً برلمانياً . على عكس الدستور الثالث والأخير والمشهور باسم دستور ديجول (٢) فقد نقده كثير من فقهاء القانون الدستورى فى فرنسا واعتبروا النظام الذى أقامه مخالفاً لأسس النظام البرلمانى .

ونعرض فيما يلى بايجاز عناصر النظام البرلمانى فى كل من دستور سنة ١٨٧٥ ودستور سنة ١٩٤٦ ثم نفرد بعد ذلك مطلباً مستقلا ندرس فيه النظام السياسى الذى أنشأه الدستور الفرنسى المطبق حالياً (دستور سنة ١٩٥٨) .

المطلب الأول

النظام البرلمانى فى دستور سنة ١٨٧٥ ودستور سنة ١٩٤٦

أولا ــ البرلمان : يتكون فى كل من الدستورين من مجلسين غير أن المجلسين لهما سلطة متساوية فى دستور سنة ١٨٧٥ سواء من حيث اختصاصهما بالتشريع أو من حيث سلطتهما فى مساءلة الوزارة .

---

(١) هذا الدستور فى حقيقته عبارة عن ثلاثة قوانين دستورية قانون ٢٤ فبراير سنة ١٨٧٥ وهو خاص بتنظيم مجلس الشيوخ ، وقانون ١٦ يولية سنة ١٨٧٥ وهو خاص بتنظيم السلطات وقانون ١٦ يولية سنة ١٨٧٥ وهو خاص بتنظيم علاقات السلطة العامة .

(٢) نسبة إلى الرئيس الفرنسى شارل ديجول الذى تولى رئاسة الجمهورية فى ظل أحكام هذا الدستور .

أما فى دستور سنة ١٩٤٦ فقد أصبحت السلطة التشريعية وسلطة مساءلة الوزارة بيد الجمعية الوطنية وحدها دون مجلس الجمهورية الذى اقتصرت سلطته على الاشتراك فى التشريع برأى استشارى .

ثانياً — رئيس الجمهورية والوزراء : اختصاصات السلطة التنفيذية تمارسها الوزارة فعلا فى الدستورين . وليس لرئيس الجمهورية سلطة فعلية .

ثالثاً — تنظيم العلاقة بين الوزارة والبرلمان :

فى ظل دستور سنة ١٨٧٥ الوزارة مسئولة أمام المجلسين وحق إسقاط الوزارة بسحب الثقة منها مقرر للمجلسين . أما حق رئيس الجمهورية فى حل مجلس النواب فلم يستعمل وسقط بعدم الاستعمال . وفى ظل هذا الدستور أيضاً كانت سلطة البرلمان أقوى كثيراً من سلطة الوزارة . وقويت تبعاً لذلك سلطة اللجان البرلمانية ونفوذها إزاء مشروعات الحكومة وأصبحت سلطة الحكم وسيادة الأمة بيد البرلمان وترتب على هذا كله نتيجة خطيرة هى عدم استقرار الوزارات فى الحكم (١) .

ولم يتغير الوضع من هاتين الناحيتين فى ظل دستور سنة ١٩٤٦ . وذلك لأن هذا الدستور الأخير ثبت السيادة للبرلمان كما كان الحال فى ظل دستور سنة ١٨٧٥ (٢) .

وإذا كان هذا الدستور قد تضمن أحكاماً جديدة قصد بها علاج عدم استقرار الوزارات والحيلولة دون أساءة استعمال حق

---

(١) فى المدة من ١٨٨٦—١٨٨٩ تعاقبت على الحكم ٦ وزارات وفى المدة من ١٨٩٩—١٩١٤ كان متوسط مدة بقاء الوزارة فى الحكم لا يتجاوز ٣ سنوات .

(٢) نصت المادة الثالثة من دستور سنة ١٩٤٦ على أن الشعب يمارس سلطاته عن طريق الجمعية الوطنية .

الحل (١) فقد فشلت كل هذه الأحكام فى تحقيق العلاج وظل الحال على ما كان عليه (٢).

المطلب الثانى

النظام البرلمانى فى دستور سنة ١٩٥٨

يتميز النظام السياسى الذى انشأه دستور سنة ١٩٥٨ بأنه وان كان قد احتفظ بالأساس البرلمانى لنظام الحكم وهو حق السلطة التنفيذية فى حل البرلمان ، وحق البرلمان فى إسقاط الحكومة (رقابة متبادلة بين السلطتين) الا أنه يتضمن مع ذلك أحكاماً جديدة خرج بها عن الصورة التقليدية للنظام البرلمانى خصوصاً فيما يتعلق بالسلطات الواسعة التى قررها الدستور لرئيس الدولة وعدم الجمع بين تولى منصب الوزارة وعضوية البرلمان. ونعرض فيما يلى صورة واضحة لهذا النظام.

— ١ —

السلطة التنفيذية

تتكون هذه السلطة من رئيس الدولة والحكومة

١ — رئيس الدولة : يختار رئيس الجمهورية وفقاً للتعديل الذى أدخل على الدستور سنة ١٩٦٢ بواسطة الشعب بالانتخاب العام المباشر.

---

(١) نص دستور سنة ١٩٤٦ على أن اثارة الثقة بالوزارة يكون من حق الجمعية الوطنية وحدها دون مجلس الجمهورية (مجلس الشيوخ) وأنه لايجوز التصويت على الثقة بالوزارة إلا بعد يوم كامل من طرح الثقة وأن قرار عدم الثقة لا ينتج أثره إلا إذا صدر من الأغلبيه المطلقة لأعضاء المجلس . ونص كذلك على أنه لايجوز لرئيس الجمهورية أن يحل المجلس إلا بناء على طلب رئيس الوزراء وبعد أخذ رأى رئيس المجلس . ولا يجوز حل المجلس قبل انقضاء ١٨ شهراً من بدء عمله وبعد أزمتين وزاريتين .

(٢) فى مدى ١٢ سنة تعاقبت على الحكم (٢٠) عشرين وزارة فى ظل دستور سنة ١٩٤٦.

وقد منح هذا التعديل رئيس الجمهورية قوة لم تكن متوافرة له فى النص الأصلى الذى كان يجعل اختياره بالانتخاب بواسطة المجلسين التشريعيين .

ومدة الرئاسة ٧ سنوات قابلة للتجديد بدون قيد .

وفوق هذا قرر الدستور لرئيس الجمهورية سلطات واختصاصات واسعة يمارسها بنفسه وقرر فى نفس الوقت انه غير مسئول عن أعماله فيما عدا حالة الخيانة العظمى .

وتشمل اختصاصات رئيس الجمهورية :

تعيين الوزير الأول (١) (رئيس الوزراء) — تعيين الوزراء وعزلهم بناء على اقتراح الوزير الأول — استفتاء الشعب بناءاً على اقتراح من الحكومة أو من أحد المجلسين — حل الجمعية الوطنية (مجلس النواب) — إحالة تشريعات القوانين التى يقرها البرلمان إلى المجلس الدستورى .

وطبقاً لنص المادة ١٦ من الدستور يملك رئيس الجمهورية علاوة على ماتقدم حق مباشرة وظائف السلطات العامة فى الدولة من تشريعية وتنفيذية فى حالة قيام خطر جسيم وحال يهدد أنظمة الجمهورية أو استقلال الوطن وسلامة أراضيه بحيث ينقطع السير المنظم للسلطات العامة الدستورية .

والنص كما هو ظاهر يخول رئيس الجمهورية حق الحلول محل السلطتين التشريعية والتنفيذية فى الظروف الاستثنائية المشار اليها واتخاذ كافة الاجراءات التى تستلزمها الحالة . وقد اشترط النص لاستعمال هذا الحق أخذ رأى الحكومة ورئيسى المجلسين التشريعيين والمجلس الدستورى وإحاطة الأمة علماً بذلك واجتماع البرلمان فورا بقوة القانون وعدم جواز حل الجمعية الوطنية فى فترة مباشرة السلطات الاستثنائية .

٢ — الحكومة : وتتألف من الوزير الأول والوزراء ونواب الوزراء .

ويرأس رئيس الجمهورية مجلس الوزراء ويجوز تفويض الوزير الأول فى رئاسة المجلس .

ويشمل اختصاص الحكومة اقتراح القوانين ورسم السياسة العامة للدولة وتولى شئون الادارة والقوات المسلحة .

---

(١) لكنه لا يملك عزله إلا إذا قدم رئيس الوزراء استقالته .

السلطة التشريعية

تتكون السلطة التشريعية من مجلسين :

١ — الجمعية الوطنية ويختار أعضاؤها بالانتخاب العام المباشر .

٢ — مجلس الشيوخ ويختار أعضاءه بالانتخاب غير المباشر .

وأهم ما يلاحظ هنا بالنسبة للسلطة التشريعية أن الدستور انتقص من اختصاصها فى التشريع بشكل ظاهر . وذلك بأن حدد على سبيل الحصر المسائل التى يكون تنظيمها بقانون أى بتشريع يصدر عن السلطة التشريعية وفيما عدا ذلك أطلق حرية السلطة التنفيذية فى تنظيم حياة المجتمع بلوائح تصدرها فى هذا الشأن .

كذلك انتقص الدستور من سلطة المجلسين التشريعيين من عدة نواح أخرى نذكر منها على سبيل المثال أنه حدد عدد اللجان البرلمانية الدائمة وجعل الأصل فيما يتعلق بتشكيل اللجان البرلمانية أن تشكل لجنة خاصة لكل قانون بناء على طلب الحكومة أو المجلسين التشريعيين وقيد حق السلطة التشريعية فيما يتعلق بتعديل الميزانية وإقرارها (م ٤٠ من الدستور) كما قيد سلطتها فيما يتعلق بوضع اللائحة الداخلية وذلك بالنص على عرض اللائحة الداخلية لكل مجلس على المجلس الدستورى قبل تنفيذها .

غير أن السلطة التشريعية ممثلة فى المجلسين لا تزال مع ذلك مختصة بالتشريع وبمراقبة الحكومة ومساءلتها برغم انتقاص سلطاتها .

فللمجلسين حق توجيه أسئلة شفوية وتحريرية للحكومة بل إن المادة ٤٨ فقرة ٢ من الدستور تنص صراحة على تخصيص جلسة كل أسبوع للاجابة على الأسئلة الشفوية من جانب الحكومة .

ووفقاً للنظام البرلمانى السليم تعرض الوزارة عند تأليفها سياستها على على الجمعية الوطنية للحصول على ثقة المجلس .

ومن حق الجمعية الوطنية أن تطرح الثقة بالوزارة وتسقطها بسحب الثقة منها .

غير أن الدستور أحاط مع ذلك استعمال هذا الحق بعدة شروط بقصد الحيلولة دون اساءة استعماله (١) .

— ٣ —

طبيعة النظام السياسي الفرنسي

الذي أنشأه دستور سنة ١٩٥٨

إذا استحضرنا في أذهاننا الصورة التقليدية للنظام البرلماني وتذكرنا أن عناصر هذا النظام ثلاثة وهي برلمان منتخب من الشعب ورئيس دولة غير مسئول لا يمارس سلطة فعلية ، ووزارة مسئولة أمام البرلمان تمارس السلطة فعلا . وتذكرنا في نفس الوقت ان أركان هذا النظام ثلاثة توازن ، وتعاون ، ورقابة متبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية .

إذا تذكرنا ذلك كله والقينا — وفي ذاكرتنا هذه الصورة الواضحة المعالم للنظام البرلماني — نظرة فاحصة على النظام السياسي الفرنسي الذي أنشأه دستور سنة ١٩٥٨ فانه يصبح من المتعين القول بأن هذا النظام السياسي ليس نظاماً برلمانياً بالمعنى الذي أراده أولئك الذين رسموا لنا الصورة التقليدية للنظام البرلماني . وذلك لسببين :

الأول— أن رئيس الدولة في النظام السياسي الفرنسي الحالي غير مسئول عن أعماله وهو في نفس الوقت يملك ويمارس سلطات واختصاصات واسعة ليس لها أصل ولا مقابل في الصورة التقليدية للنظام البرلماني .

الثاني — إن الاختصاصات والسلطات الواسعة التي تملكها السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية والوزارة وما أحدثه الدستور — من ناحية

---

(١) يشترط الدستور أن يقدم طلب طرح الثقة من $\frac{1}{10}$ عدد أعضاء الجمعية الوطنية على الأقل وأن يصدر القرار بسحب الثقة من الأغلبية المطلقة لعدد أعضاء الجمعية الوطنية .

أخرى – من أضعاف السلطة التشريعية والانتقاص من اختصاصها إلى الحد الذى عرفناه . كل ذلك يجعل من غير المقبول القول بوجود توازن ورقابة متبادلة بين السلطتين بمعناهما المحدد فى الصورة التقليدية للنظام البرلمانى .

لكن هذا لا ينفى وجود عناصر برلمانية أساسية فى هذا النظام تتلخص فيما يلى :

١ – ان كلا من السلطتين التشريعية والتنفيذية لها اختصاص تنفرد بمباشرته دون أن تخضع فى ذلك لسيطرة الأخرى .

٢ – ان السلطة التشريعية لها حق مراقبة ومساءلة السلطة التنفيذية ممثلة فى الحكومة . واسقاطها عند اللزوم . كما أن السلطة التنفيذية (ممثلة فى رئيس الجمهورية) لها حق حل الجمعية الوطنية .

٣ – انه يمكن فى ظل هذا النظام تحميل الحكومة مسئولية أعمال رئيس الجمهورية أمام السلطة التشريعية بالرغم من أن الدستور يقرر صراحة عدم مسئولية رئيس الجمهورية .

وفى ضوء ما تقدم كله يمكن القول بأن النظام السياسى الفرنسى الحالى صورة متطورة للنظام البرلمانى أملتها ظروف البلاد قصد بها علاج عيوب النظام البرلمانى الفرنسى السابق . ويمكن تحديد هذه الصورة بأنها برلمانية مطعمة بعنصر رئاسى .

ومن واجب كل منصف أن يقرر أن هذا النظام عالج فعلا عيوب النظامين السابقين وحقق لفرنسا مزايا لا يمكن انكارها .

ومع ذلك فاننا نرى أن الفقهاء الذين انتقدوا السلطات الواسعة التى قررها الدستور لرئيس الجمهورية وذهبوا فى نقدهم إلى حد القول بأن النظام تحول إلى ملكية منتخبة،

هؤلاء الفقهاء محقون فى نقدهم فى نظرنا من ناحية واحدة هى ما قرره الدستور من اباحة تجديد انتخاب الرئيس أكثر من مرة بدون تحديد .

أما النقد الذى يستند إلى مجرد مخالفة هذا النظام للصورة التقليدية للنظام البرلمانى فانه لا يمكن أن يؤثر على سلامة النظام فى ذاته . لأن النظم السياسية ليست قوالب جامدة ترسم وتحدد . وانما يجب أن تكون من المرونة بحيث يمكن أن تتطور وتتكيف بما يلائم ظروف الزمان وأحوال المجتمع . وقد عرفنا من دراستنا السابقة كيف تطور النظام البرلمانى فى انجلترا واتخذ لنفسه فى التطبيق صورة تختلف عن الصورة التقليدية المعروفة . وكان فى هذا الاختلاف سر نجاحه .

المبحث الثالث

النظام الرئاسى (١) فى الولايات المتحدة الأمريكية

يقوم النظام السياسى للولايات المتحدة الأمريكية كما رسمه الدستور على أساس انفراد كل من السلطتين التنفيذية والتشريعية بوظيفتها واستقلال كل من السلطتين عن الأخرى .

غير أنه يرد على هذا الاستقلال والانفصال بين السلطتين استثناءان : الأول استثناء مقرر بنص الدستور فى حالات قليلة .

والثانى استثناء انشأه التطبيق العملى بدون نص .

ونبين ذلك كله فيما يلى :

---

(١) يلاحظ أن وصف النظام بأنه رئاسى لا يرجع إلى أن سلطة الرئيس هى الراجحة وأنه لهذا ينسب النظام للرئيس ولكنه يرجع فقط إلى أن الرئيس فى هذا النظام يحكم فعلا بعكس الحال فى النظام البرلمانى حيث لا يملك الرئيس سلطة الحكم .

— ١ —

السلطة التنفيذية

تكوينها ومظاهر استقلالها

١ — رئيس الولايات المتحدة هو رئيس الدولة ورئيس الحكومة ورئيس الادارة وهو الذى يتولى السلطة التنفيذية ويمارسها فعلا بحكم الدستور . ومعنى هذا أنه هو وحده صاحب الحق فى ممارسة كل اختصاصات السلطة التنفيذية أى اختصاصات الحكومة والادارة معاً .

٢ — يختار الرئيس بواسطة الشعب بطريق الانتخاب غير المباشرة (انتخاب على درجتين) لمدة ٤ سنوات ولا يجوز أن ينتخب لأكثر من مدتين .

٣ — الوزراء هم مجرد سكرتيرين للرئيس وليس لهم اختصاص يستمدونه من الدستور وانما يباشرون العمل الذى يعهد اليهم به رئيس الجمهورية .

٤ — رئيس الجمهورية هو الذى يعين الوزراء ويعزلهم .

٥ — ليس لرئيس الجمهورية أن يتدخل فى عمل السلطة التشريعية .

فهو لا يدعو البرلمان (الكونجرس) للانعقاد ولا يؤجل اجتماعاته ولا يحله ولا يقترح القوانين .

كذلك لا يحضر رئيس الجمهورية لا هو ولا وزراؤه جلسات البرلمان ولا يجوز أن يكون الوزراء أعضاء فى البرلمان ولا أن يشتركوا فى جلساته.

— ٢ —

السلطة التشريعية

تكوينها ومظاهر استقلالها

١ — تتكون السلطة التشريعية من مجلسين . مجلس النواب ويتكون من ٤٣٥ عضوا يمثلون الشعب فى مختلف الولايات بنسبة عدد السكان .

ومجلس الشيوخ ويتكون من عدد من الأعضاء يمثلون الولايات بواقع عضوين عن كل ولاية .

وسلطات المجلسين متساوية ، ولكن مدة العضوية مختلفة فمدة عضوية النواب سنتان ومدة عضوية الشيوخ ٦ سنوات مع تجديد انتخاب ثلث المجلس (الشيوخ) كل سنتين .

٢ — ليس للبرلمان حق التدخل فى أعمال السلطة التنفيذية وليس الرئيس أو وزراءه مسئولين أمام البرلمان . فليس للبرلمان أن يوجه أسئلة أو استجوابات للرئيس أو للوزراء وليس له كذلك حق عزل الرئيس أو الوزراء .

— ٣ —

استثناءات من مبدأ الاستقلال

والانفصال بنص الدستور

(أولا) لرئيس الجمهورية :

١ — حق دعوة البرلمان للانعقاد فى دورات غير عادية .

٢ — حق اعتراض توقيفى على القوانين التى يوافق عليها البرلمان يزول إذا وافق المجلس على القانون مرة ثانية بأغلبية الثلثين .

٣ — حق توجيه رسالة إلى البرلمان يعلن فيها مقترحاته فى شأن التشريعات المطلوبة دون أن يقدم مشروعات قوانين محددة .

٤ — مكتب الميزانية التابع للرئيس يعد ميزانية الدولة التى تقدم سنوياً للبرلمان .

(ثانياً) يشترك مجلس الشيوخ فى بعض أعمال السلطة التنفيذية على الوجه الآتى :

١ — موافقة مجلس الشيوخ لازمة فى تعيين الوزراء وكبار الموظفين مع ملاحظة ان العرف جرى على أن المجلس يوافق على تعيين الوزراء باستمرار بدون اعتراض وكذلك الحال بوجه عام بالنسبة للموظفين .

٢ — موافقة مجلس الشيوخ لازمة كذلك لامكان تنفيذ المعاهدات التى يعقدها الرئيس .

٣ — نائب رئيس الجمهورية هو رئيس مجلس الشيوخ وله صوت مرجح عند تعادل الأصوات .

— ٤ —

اتصال بين السلطتين
فى التطبيق العملى

يرجع السبب فى نجاح النظام السياسى الأمريكى برغم استقلال بل وانفصال كل من السلطتين على النحو السابق ذكره إلى أن هناك اتصالا حقيقياً بين السلطتين فى مجال العمل وأن كلا من السلطتين يؤثر ويتأثر بالأخرى وذلك عن طريقين :

الطريق الأول — اللجان البرلمانية : ففى داخل هذه اللجان يجتمع الوزراء باعضاء هذه اللجان ويشتركون فعلا فى العمل التشريعى الذى تقوم به هذه اللجان .

كذلك يمارس البرلمان نوعاً من الضغط على السلطة التنفيذية عن طريق لجان التحقيق البرلمانية وعن طريق سلطته فى إقرار الاعتمادات المالية اللازمة لنشاط السلطة التنفيذية .

الطريق الثانى : التنظيم الحزبى : ذلك لأنه يوجد فى أمريكا حزبان فقط يتعادلان تقريباً فى القوة ودقة التنظيم .

والرئيس الذى يتولى السلطة التنفيذية يكون فى الغالب زعيم الحزب المنتصر فى الانتخابات .

وغالباً ما تكون أغلبية البرلمان من نفس الحزب الذى يتزعمه رئيس الجمهورية .

وفى هذه الحالة يكون الحزب أداة اتصال قوية وفعالة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية . وعن طريق الحزب يقوم تعاون فعلى بين السلطتين يكفل للنظام السياسى الاستقرار والنجاح .

الفصل الثالث

النظامان البرلمانى والرئاسى
فى دساتير الدول العربية (١)

سبق القول بأن النظامين البرلمانى والرئاسى هما أصلا نظامان نيابيان وانهما فى حقيقتهما صورتان مختلفتان لتطبيق مبدأ الفصل بين السلطات . ومن هذا يتبين انه لا يمكن أن يوجد نظام برلمانى أو نظام رئاسى الا فى ظل نظام نيابى يقوم على أساس فصل السلطات .

وعلى هذا الأساس نقصر دراستنا فى هذا الفصل على نوعين من الدساتير العربية السابق الاشارة اليهما فى دراساتنا السابقة وهما :

(أولا) دستور مصر الصادر فى سنة ١٩٢٣ ، والقانون الأساسى العراقى الصادر سنة ١٩٢٥ بوصفهما دستورين برلمانيين .

(ثانياً) دستور جمهورية مصر الصادر سنة ١٩٥٦ والاعلان الصادر فى ٢٤ مارس ١٩٦٤والمعمول به حالياً فى الجمهورية العربية المتحدة(٢)، وذلك بوصفهما يمثلان صورتين متطورتين لنظامى الحكم البرلمانى والرئاسى (٣) .

المبحث الأول
النظام البرلمانى
فى دستور سنة ١٩٢٣ المصرى
وفى القانون الأساسى العراقى سنة ١٩٢٥

لايكاد يوجد اختلاف جوهرى بين النظام السياسى الذى أنشأه دستور سنة ١٩٢٣ فى مصر والنظام السياسى الذى أنشأه القانون الأساسى

---

(١) نظراً للظروف الخاصه التى أوجبت اعداد المقرر وتدريسه فى فترة محدودة نقصر دراستنا على دساتير الجمهورية العربية المتحدة والجمهورية العراقية .

(٢) سبقت الاشارة الى أن هذا البحث هو عبارة عن الدروس التى ألقيت على طلبة الماجستير بجامعة بغداد سنة ١٩٦٨-١٩٦٩

(٣) يلاحظ أن الدساتير المؤقته فى الجمهورية العراقيه لاتطبق مبدأ الفصل بين السلطات .

العراق سنة ١٩٢٥ فالنظامان سواء فى مصر أو فى العراق نظامان برلمانيان كاملان أنشأ هما دستور كل من الدولتين فى الصورة التقليدية المعروفة (والتى سبق تحديدها) للنظام البرلمانى .

ولم يقف التشابه عند الصورة التى رسمها الدستوران للنظام السياسى البرلمانى فى مصر والعراق ، ولكنه امتد فتناول مصير النظام فى التطبيق فى كل من البلدين .

ولهذا لم نر ما يدعو لدراسة كل من النظامين المصرى والعراقى على حدة وفضلنا أن نتكلم عن النظام البرلمانى وتطبيقاته فى الدولتين فى وقت واحد .

المطلب الأول

النظام البرلمانى فى النصوص الدستورية

فى كل من مصر والعراق

عناصر النظام البرلمانى معروفة وهى رئيس دولة غير مسئول ، ووزارة مسئولة أمام البرلمان ، وبرلمان له سلطة مساءلة الوزارة ، وعلاقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية تقوم على أساس التعاون والرقابة المتبادلة .

ونتكلم عن هذه العناصر ، وعن تنظيم العلاقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية فيما يلى :

أولا – الملك والوزراء

الملك رئيس دولة غير مسئول فى الدستور المصرى وفى القانون الأساسى العراقى ، والوزارة فى النظامين هى التى تتولى ممارسة السلطة التنفيذية وتتحمل مسئولية أعمالها أمام البرلمان .

وهذه الأحكام مقررة بنصوص صريحة فى الدستورين .

فالمادة ٢٩ من الدستور المصرى تنص على أن السلطة التنفيذية يتولاها الملك فى حدود هذا الدستور .

والمادة ٥٧ تنص على ان مجلس الوزراء هو المهيمن على مصالح الدولة .

والمادة ٦٠ تنص على أن توقيعات الملك فى شئون الدولة يجب لنفاذها أن يوقع عليها رئيس مجلس الوزراء والوزراء المختصون .

والمادة ٦٢ تنص على أن أوامر الملك شفهية أو كتابية لا تخلى الوزراء من المسئولية بحال .

وتنص المادة ٣٣ على عدم مسئولية الملك .

وتقرر المواد ٢٥ ، ٢٦ ، ٢٧ ، ٦٥ ، ٦٦ من القانون الأساسى العراقى أحكاماً تقابل الأحكام الواردة فى الدستور المصرى .

فالمادة ٢٥ تنص على عدم مسئولية الملك .

والمادة ٢٦ تنص على أن الملك رأس الدولة الأعلى وهو الذى يصدق القوانين ويأمر بنشرها ويراقب تنفيذها ويأمر بوضع الأنظمة لأجل تطبيق أحكام القوانين ضمن ما هو مصرح به فيها .

والمادة ٢٧ تنص على أن الملك يستعمل سلطته بارادات ملكية تصدر بناء على اقتراح الوزير أوالوزراء المسئولين وبموافقة رئيس الوزراء ويوقع عليها من قبلهم .

والمادة ٦٥ تنص على أن مجلس الوزراء هو القائم بادارة شئون الدولة .

والمادة ٦٦ تنص على مسئولية الوزراء متضامنين ومنفردين أمام مجلس النواب .

اختصاصات شخصية للملك :

تنص المادة ٤٩ من الدستور المصرى على أن الملك يعين وزراءه ويقيلهم . وتنص المادة ٢٦ من القانون الأساسى العراقى على أن الملك يختار رئيس الوزراء وله أن يقيله. كما أن للملك فى الدستورين حق حل مجلس النواب طبقاً لنص المادة ٢٦ من القانون الأساسى العراقى والمادة ٣٨ من الدستور المصرى .

ويرى الفقه الدستورى فى مصر أن تعيين رئيس الوزراء وإقالة الوزارة وحل مجلس النواب حقوق شخصية للملك بمعنى أنه يصدر فى شأنها أوامر ملكية لا مراسيم يوقع عليها معه رئيس الوزراء والوزراء المختصون .

غير انه يجب أن يلاحظ أن تصرف الملك فى هذه الشئون تحكمه الأوضاع البرلمانية المقررة فى الدستور .

فبالنسبة لتعيين رئيس الوزراء والوزراء لابد من موافقة البرلمان على الثقة بالوزارة لأنها إذا لم تحز على ثقة مجلس النواب وجب عليها أن تستقيل طبقاً لأحكام الدستور .

وكذلك الحال بالنسبة لاقالة الوزراة . فانه تطبيقاً لحكم الدستور يجب أن تحصل الوزارة التى تشكل بعد ذلك على ثقة مجلس النواب . فاذا أقال الملك وزارة حائزة على ثقة مجلس النواب ورفض مجلس النواب منح ثقته لأى وزارة أخرى بعدها فان إقالة الوزارة الأولى لا تنتج أثرها الا إذا شكلت وزارة جديدة تحل مجلس النواب وتجرى انتخابات جديدة. وبهذا نصل للحق الشخصى الثالث وهو حق حل مجلس النواب حلا رئاسياً.

حل مجلس النواب حلا رئاسياً : يقصد بذلك أن الملك يمكنه أن يعمل إرادته الشخصية فى حل مجلس النواب عن طريق إقالة الوزارة الحائزة على ثقة المجلس وتعيين وزارة جديدة تنفذ ارادته فى حل المجلس .

ولكن مثل هذا الاجراء يخضع فى النهاية لارادة الشعب التى تظهر فى الانتخابات التى تجرى عقب حل المجلس .

وفى اعتقادنا أن نصوص القانون الأساسى العراقى تؤدى لنفس النتيجة التى أشار اليها الفقه بالنسبة للدستور المصرى .

ثانيا
البرلمان

يتكون البرلمان فى كل من النظامين من مجلسين . مجلس يتكون بالانتخاب هو مجلس النواب ،

ومجلس آخرهو مجلس الأعيان فى العراق ويتكون من أعضاء يعينهم الملك لا يتجاوز عددهم ربع عدد أعضاء مجلس النواب وهو فى مصر مجلس الشيوخ ويتكون من عدد من الأعضاء ثلاثة أخماسهم يختارون بالانتخاب ، والخمسان يعينهم الملك .

وللمجلسين فى الدستور المصرى سلطات كاملة متساوية فى التشريعات العادية والمالية على السواء .

ويستثنى من ذلك اقتراح انشاء الضرائب أو زيادتها فانه من حق الملك ومجلس النواب فقط دون مجلس الشيوخ .

أما فى القانون الأساسى العراقى فانه يلاحظ أن سلطة المجلسين مقيدة فى الشئون المالية :

ذلك لأن المادة ١٠٥ من هذا القانون (الأساسى) تنص على أنه « لا يجوز عرض لائحة قانونية أو ابداء اقتراح على احد المجلسين بما يوجب صرف شيء من الواردات العمومية الا من قبل أحد الوزراء » .

ثالثا
العلاقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية

تلخص الأحكام التى قررها الدستور المصرى والقانون الأساسى العراقى فى هذا الشأن فيما يلى :

أولا تعاون السلطتين : تتلخص مظاهر الاشتراك والتعاون بين السلطتين فيما يلى :

١ — اقتراح القوانين : طبقاً لنص المادة ٢٨ من الدستور المصرى للملك وللبرلمان بمجلسيه حق اقتراح القوانين . غير أن حق اقتراح انشاء ضرائب أو زيادتها من حق الملك ومجلس النواب فقط دون مجلس الشيوخ .

ويبدو ان الوضع بالنسبة لحق الاقتراح فى القانون الأساسى العراقى يخالف ما هو مقرر فى الدستور المصرى لأن المادة ١٠٥ من هذا القانون لا تجيز عرض لائحة قانونية أو ابداء اقتراح لاحد المجلسين بما يوجب صرف شيء من الواردات العمومية الا من قبل أحد الوزراء .

وفيما عدا هذا الاستثناء تجيز المادة ٤٥ من نفس القانون لكل عضو من أعضاء مجلس النواب أن يقترح وضع لائحة قانونية بشرط أن يؤيده عشرة من زملائه .

٢ — التصديق على القوانين : طبقاً لنصوص المواد ٢٥ ، ٣٤ ، ٣٦ من الدستور المصرى للملك حق التصديق على القوانين . وهذا معناه ان الملك يشترك مع البرلمان فى التشريع عن طريق التصديق على القوانين فى الدستور المصرى .

والتصديق على القوانين فى الدستور المصرى هو فى حقيقته مجرد حق اعتراض توفيقى لأنه طبقاً لنص المادة ٣٦ إذا أعاد الملك القانون إلى البرلمان بدون تصديق وأقره البرلمان بموافقة ثلثى الأعضاء الذين يتألف منهم كل من المجلسين صار له حكم القانون وأصدر . فاذا لم تتوافر أغلبية الثلثين وعاد البرلمان إلى نظر القانون وأقره فى دور انعقاد آخر بالأغلبية المطلقة صار له حكم القانون وأصدر .

وواضح من هذا النص ان الملك لا يملك تعطيل القانون نهائياً بالامتناع عن التصديق عليه .

وقد نص القانون الأساسى العراقى على حق التصديق على القوانين من جانب الملك فى المادة ٦٢ فقرة ٣ . ويبدو ان حكم التصديق فى هذا النص يختلف عن حكمه فى المادة المقابلة فى الدستور المصرى . لأن النص

العراقى تكلم عن حق الملك فى التصديق على القانون أو اعادته مع بيان أسباب الاعادة ، ورتب على عدم اعادة القانون فى الميعاد الذى حدده النص (وهو ثلاثة أشهر أو خمسة عشر يوماً فى حالة الاستعجال) رتب النص على عدم اعادة القانون فى هذا الميعاد نتيجة محددة واضحة وهى أن القانون يعتبر مصدقاً عليه . أما فى حالة إعادة القانون فى الميعاد المنصوص عليه فقد سكت النص عن تحديد النتيجة التى تترتب على ذلك . ويفهم من ذلك أن القانون لا ينفذ فى هذه الحالة لعدم تصديق الملك عليه .

٣ ـ اصدار القوانين : طبقاً لنص المادتين ٢٥ ، ٢٦ من الدستور المصرى لا تكون القوانين نافذة الا باصدارها من جانب الملك . والاصدار كما هو معروف اجراء يقصد به تنبيه رجال السلطة التنفيذية إلى أن القانون قد استوفى اجراءاته الدستورية وانه يجب عليهم تنفيذه . ويستفاد الاصدار من نشر القانون فى الجريدة الرسمية .

وتقرر المادة ٢٦ من القانون الأساسى العراقى نفس الحكم فيما يتعلق باصدار القوانين مع اختلاف فى الصيغة (١) .

٤ ـ حق البرلمان فى نظر الميزانية ومناقشتها واعتمادها بقانون : هذا الحق مقرر لمجلسى البرلمان فى الدستور المصرى بمقتضى المواد ١٣٨ ، ١٤٥ ، ١٦٦ . .

وقد نص القانون الأساسى العراقى على نفس الأحكام فى المواد ١٩ ـ١٠١

٥ ـ وفقاً لصريح نص القانون الأساسى العراقى يشترط أن يكون الوزراء أعضاء فى أحد المجلسين (م ٦٤) . أما الدستور المصرى فلا يجعل ذلك شرطاً ، لكن العرف جرى على أن يكونوا أعضاء فى احد المجلسين ولكل وزير حق الكلام فى المجلسين ولو لم يكن عضواً ، وله حق التصويت مع باقى الأعضاء فى المجلس الذى يكون عضوا فيه .

---

(١) تنص هذه المادة على ما يأتى :

« الملك رأس الدولة الأعلى وهو الذى يصدق القوانين ويأمر بنشرها ويراقب تنفيذها ..».

(م٦١ ، ٦٤ من القانون الأساسى العراقى والمادة ٦٣ من الدستور المصرى) .

ثانياً الرقابة المتبادلة بين السلطتين : تلخص مظاهر الرقابة المتبادلة بين السلطتين فى الدستور المصرى والقانون الأساسى العراقى فيما يلى :

١ — مظاهر الرقابة على السلطة التشريعية من جانب السلطة التنفيذية :

(أ) الملك يدعو البرلمان إلى الانعقاد ويفض الدورة (م ٩٦ ، ٤٠ من الدستور المصرى ، م ٢٦ من القانون الأساسى العراقى).

(ب) للملك تأجيل انعقاد البرلمان (م ٣٩ من الدستور المصرى ، م ٢٦ من القانون الأساسى العراقى) . وقد قيد النص المصرى حق التأجيل بقيد هام وهو أن لا يزيد على ميعاد شهر وان لا يتكرر فى دور الانعقاد الواحد بدون موافقة المجلسين .

(ج) للملك حق حل مجلس النواب طبقاً لصرح نص المادة ٣٨ من الدستور المصرى ونص المادة ٢٦ فقرة ٢ من القانون الأساسى العراقى .

وقد قيد النص المصرى هذا الحق بقيدين . الأول أنه لا يجوز حل المجلس مرتين لسبب واحد (م ٨٨) . والثانى أن الأمر الصادر بحل المجلس يجب أن يشتمل على دعوة الناخبين لاجراء انتخابات جديدة فى ميعاد لا يتجاوز الشهرين وعلى تحديد ميعاد الاجتماع المجلس الجديد فى العشرة الأيام التالية لتمام الانتخاب . ونص على ضمانات مماثلة ضد اساءة استعمال حق الحل فى المادة ٤٠ من القانون الأساسى العراقى .

٢ — مظاهر الرقابة على السلطة التنفيذية من جانب السلطة التشريعية :

(أ) لأعضاء البرلمان (فى المجلسين) حق توجيه أسئلة واستجوابات للوزارة مجتمعة أو لوزير بعينه (١) (م ١٠٧ ، ١٠٨ من الدستور المصرى و م ٥٤ من القانون الأساسى العراقى) .

---

(١) يلاحظ أن النص العراقى لم يستعمل الاصطلاح الدستورى (استجواب) ولكنه استعمل اصطلاح (استيضاحات) بدلا من استجواب .

ويقصد بالسؤال مجرد استفسار عن أمر . أما الاستجواب فيحمل معنى المؤاخذة ،والسؤال يكون أمره محصوراً بين موجه السؤال ومن يوجه له السؤال . أما الاستجواب فيفتح المناقشة فى موضوعه . ولاعضاء المجلس حق الاشتراك فى المناقشة . وينتهى الاستجواب بقرار من المجلس .

(ب) لمجلس النواب فقط حق اثارة المسئولية الوزارية ضد الوزارة كلها أو ضد وزير بعينه . وفى حالة سحب الثقة من الوزارة أو من وزير بعينه تصبح استقالة الوزارة أو الوزير واجبة .

(م ٦١ ، ٦٥ ، ١٠٧ ، ١٠٨ من الدستور المصرى ، م ٦٦ من القانون الأساسى العراقى) .

ويلاحظ انه لم يشترط توافر أغلبية خاصة لسحب الثقة فى أى من الدستورين . غير أن الدستور العراقى نص على تأجيل تصويت عدم الثقة مرة واحدة لمدة ثمانية أيام إذا طلب ذلك رئيس الوزارة أو الوزير المختص واشترط عدم حل المجلس فى هذه المدة (م ٦٦) ونص الدستور المصرى على عدم جواز المناقشة فى الاستجواب الا بعد ثمانية أيام على الأقل من يوم تقديمة (م ١٠٨).

(ج) طبقاً لنص المادة ١٠٨ من الدستور المصرى لكل من المجلسين حق إجراء التحقيق ليستنير فى مسائل معينة داخلة فى اختصاصه . ويتم التحقيق بواسطة المجلس أو بواسطة لجنة من لجانه الدائمة أو لجنة خاصة يشكلها لهذا الغرض .

ويلاحظ انه لم يرد بالقانون الأساسى العراقى نص مقابل لنص المادة ١٠٨ من الدستور المصرى ولكن المادة ٢٣ من اللائحة الداخلية لمجلس النواب العراقى تكفلت بالنص صراحة على حق المجلس فى اجراء تحقيقات (١).

---

(١) الدكتور مصطفى كامل : القانون الدستورى ١٩٤٧ . أنظر الجزء المخصص لدراسة القانون الأساسى العراقى .

المطلب الثانى
النظام البرلمانى فى التطبيق

فى مصر والعراق

ليس لمنصف أن ينكر أن الصورة التى رسمتها نصوص دستور سنة ١٩٢٣ لنظام الحكم السياسى فى مصر ، ونصوص القانون الأساسى العراقى فى (١٩٢٥) هى نفس الصورة التقليدية التى رسمها الفقه الدستورى للنظام البرلمانى ، . نفس الأسس ونفس العناصر التى سبقت الاشارة اليها فى معرض تحديد الصورة التقليدية للنظام البرلمانى (١).

غير أن الثابت مع ذلك أن حكم مصر فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ لم يكن حكماً برلمانياً . بمعنى أن احكام هذا الدستور لم تطبق فى العمل كما اراد واضعوا هذا الدستور . أو بعبارة أكثر دقة ان الملك لم يلتزم حدود الدستور ولم يقتصر دوره على أن يكون رئيس دولة بدون سلطة فعلية ، وان الوزارات التى تولت الحكم نتيجة انتخابات برلمانية حرة لم تمكن من ممارسة سلطة الحكم فعلا وفقاً لأصول الحكم البرلمانى . وليس هذا فقط بل ان الدستور ونظام الحكم النيابى ذاته لم يسلما من الاعتداءات المتكررة التى استهدفت القضاء على أساس النظام النيابى أو تحويله عملا إلى حكم ملكى مطلق ..

ويتبين ذلك جلياً من متابعة سير الحياة السياسية فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ وهو ما نعرض له بايجاز فيما يلى :

١ — عقب أجراء أول انتخابات فى ظل نظام الحكم السياسى الجديد وعقب تشكيل أول وزارة وطنية تولت الحكم نتيجة انتخابات حرة (وزارة سعد باشا زغلول) اثار الملك خلافاً بينه وبين الوزارة حول

---

(١) فى معرض توكيد الصورة البرلمانية الكاملة للنظام السياسى الذى أنشأه دستور سنة ١٩٢٣ فى مصر وصف البعض هذا الدستور بأنه ثوب فضفاض وهم يقصدون بذلك أنه فوق المستوى الذى يتفق وحالة البلاد وظرونها فى ذلك الوقت .

تعيين خمسى أعضاء مجلس الشيوخ وهل يكون تعيين هؤلاء الأعضاء من حق الوزارة كما يقضى بذلك الدستور أو من حق الملك ؟ انتهى بتحكيم النائب العام لدى المحاكم المختلطة الذى أفتى بما يؤيد وجهة نظر الوزارة .

٢ – عقب فصل سردار الجيش المصرى (الانجليزى) فى ١٩٢٤/١١/١٩ استقالت وزارة سعد زغلول باشا الزعيم الوطنى وشكلت وزارة من غير حزب الأغلبية البرلمانية (١) قامت بتأجيل البرلمان شهرا ثم حلت مجلس النواب . ومثل هذا الحل يعتبر فى حقيقته حلا رئاسياً لأنه تم بارادة الملك الذى جاء بالوزارة التى أجرت الحل .

٣ – أجريت الانتخابات بعد ذلك واسفرت عن فوز حزب الوفد بزعامة سعد باشا زغلول وعقد البرلمان جلسته الأولى صباح ٢٣ مارس سنة ١٩٢٥. وفى هذه الجلسة انتخب الزعيم الوطنى سعد زغلول رئيساً لمجلس النواب .

وكان يجب تبعاً لذلك وطبقاً لأحكام الدستور أن تستقيل الوزارة . ولكن الذى حدث أن الملك حل مجلس النواب مرة ثانية لنفس السبب الذى حل من أجله المجلس السابق بالمخالفة لصريح نص الدستور (٢) .

٤ – فى ١٧ مارس سنة ١٩٢٨ شكلت وزارة ائتلافية برئاسة رئيس حزب الوفد . وعرضت على هذه الوزارة المعاهدة المصرية البريطانية التى أسفرت عنها مفاوضات ثروت تشمبرلن فرأت رفضها لاجحافها بحقوق مصر . ونتيجة لهذا الرفض أقال الملك الوزارة وشكل فى ١٩٢٨/٦/٢٧ وزارة أخرى غير مؤيدة من البرلمان (٣) .

٥ – فى ١٩٢٨/٦/٢٨ قامت الوزارة الجديدة بتأجيل البرلمان شهراً . وقبل أن ينقضى الشهر صدر فى ١٩ يولية ١٩٢٨ أمر ملكى بحل مجلس النواب والشيوخ وتعطيل الحياة النيابية ثلاث سنوات .

---

(١) وزارة زيور باشا وتستند فى الواقع إلى إرادة الملك .

(٢) عقد المجلس فى الساعة ١١ من صباح ٢٣ مارس ١٩٢٥ وحل فى الساعة ٨ من مساء نفس اليوم ومعنى هذا أن حياته لم تدم أكثر من تسع ساعات .

(٣) وزارة محمد محمود باشا .

٦ — أسفرت مفاوضات هندرسن محمد محمود عن مشروع معاهدة مصرية بريطانية روئى عرضها على حكومة تمثل القوى الوطنية فى البلاد . ولتحقيق هذه الغاية استقالت الوزارة القائمة وشكل الملك وزارة جديدة (وزارة عدلى باشا يكن) وأصدر أمراً ملكياً فى ٣١ اكتوبر ١٩٢٨ باعادة الحياة النيابية والغاء الأمر الملكى السابق الصادر بتعطيل الدستور .

٧ — أجريت الانتخابات وفاز حزب الوفد وشكلت وزارة وطنية برئاسة زعيم حزب الوفد (النحاس باشا) . ولكن الملك عارض مشروعات الوزارة وعلى رأسها مشروع قانون محاكمة الوزراء ورفض التوقيع على المراسيم فاضطرت الوزارة إلى الاستقالة .

٨ — فى ١٩٣٠/٦/١٩ شكل الملك وزارة لا يؤيدها البرلمان (وزارة صدقى باشا) قامت بتأجيل البرلمان شهراً ثم استصدرت مرسوماً بفض الدورة فى ١٢ يولية سنة ١٩٣٠ .

٩ — فى ٢٢ اكتوبر ١٩٣٠ صدر أمر ملكى بالغاء الدستور واستعيض عنه بدستور جديد صدر به الأمر الملكى رقم ٧٠ لسنة ١٩٣٠ .

١٠— تحت تأثير المقاومة الشعبية صدر فى نوفمبر سنة ١٩٣٤ أمر ملكى برقم ٦٧ بالغاءالأمر الملكى رقم ٧٠لسنة١٩٣٠ . ثم فى ١٩٣٥/١٢/١٢ صدر أمر ملكى بعودة دستور سنة ١٩٢٣ (١) .

١١— استمرت الازمات السياسية حتى قامت الثورة فى يولية ١٩٥٢.

والنتيجة المؤكد التى تستخلص من عرض الأحداث التى وقعت خلال فترة تطبيق دستور سنة ١٩٢٣ هى إن النظام البرلمانى الذى رسمته نصوص دستورسنة ١٩٢٣ لم يوجدفعلا . ولم يطبق فى العمل تطبيقاً سليما فيماعدافترات قليلة محدودة كان قيام النظام البرلمانى فيها بمثابة استثناء يرد على الأصل .

---

(١) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمى: النظام الدستورى للجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦ ص ٢٩٠ — ٢٩٦ وأيضاً الدكتور محمدكامل ليلة : القانون الدستورى ١٩٦٢ ص ٤٨٣ وما بعدها .

والواقع الذى تثبته الأحداث والأزمات الدستورية السابق الاشارة اليها أن سلطة الحكم لم تكن بيد الوزارة والبرلمان كما تقضى بذلك نصوص الدستور وانما كانت بيد الملك . وكان الملك فى ممارسته للحكم بالمخالفة لأحكام الدستور يستند إلى قوة المستعمر الذى تحتل جيوشه البلاد وترتب على هذا كله حكم قلق مضطرب هدفه معارضة مصالح الشعب (١) .

ولا يكاد الوضع فى العراق يختلف عن الوضع فى مصر سواء من حيث الظروف التى صدر فيها الدستور أو من حيث سيطرة الملك على الحكم بمعاونة انجلترا بوصفها هنا سلطة الانتداب .

ذلك لأن الثابت تاريخياً ان قرار مجلس الوزراء فى ١٩٢٨/٧/١١ بالمناداة بالأمير فيصل بن الحسين ملكاً على العراق تم بناء على بلاغ المندوب السامى البريطانى المعان يوم ١٩٢١/٧/٥ .

والثابت تاريخياً كذلك ان المناداة بالأمير فيصل ملكاً كانت مقيدة فى بلاغ المندوب السامى بشرط هو أن تكون حكومته دستورية نيابية ديموقراطية (٢) . وان مشروع القانون الأساسى العراقى وضع على هذا الأساس . وان المجلس التأسيسى الذى شكل لتدقيق لائحة القانون الأساسى كان مقيداً بالنصوص التى تضمنتها المعاهدة الانجليزية العراقية فى هذا الشأن (٣) .

وفوق هذا أثبت التطبيق العملى للقانون الأساسى العراقى ان الملك كان يملك فى الحقيقة كل السلطات وان النظام البرلمانى فى هذا القانون كان مجرد

---

(١) فى فترة تطبيق دستور سنة ١٩٢٣ تعاقبت على الحكم فى مصر ٣٨ وزارة فى مدى ثمانية وعشرين عاماً ونصف (أنظر الدكتور مصطفى أبو فهمى المرجع السابق ص ٣١٨).

(٢) أنظر محاضرات الدكتور عثمان خليل عثمان فى دراسة الماجستير فى القانون بجامعة بغداد ١٩٦٨/١٩٦٧ وموضوعها : الاتجاهات الدستورية الحديثة .

(٣) فى هذا المعنى يقول الدكتور منذر الشاوى «وهذا التقييد للسلطة المؤسسة سببه أن القابضين على القوة الكبرى ليسوا أعضاء المجلس التأسيسى بل سلطة الانتداب». أنظر كتابه : القانون الدستورى والمؤسسات الدستورية العراقية ١٩٦٦ ص ١١٦).

مظهر شكلى لا يمثل الحقيقة (١) بل إنه يبدو ان الرقابة على دستورية القوانين كما نظمها القانون الأساسى العراقى كان الغرض منها كما يقول الدكتور منذر الشاوى التمكين للملك من مراقبة السلطة التشريعية (٢) .

ويرجع السبب فى نظرنا فى عدم أعمال نصوص الدستور فى البلدين وبالتالى عدم قيام الوزارة والبرلمان بممارسة الحكم فعلا طبقاً لأحكام الدستور إلى أمور أربعة وهى :

(أولا) ان الدستور – سواء فى مصر أو فى العراق – نقل نظام الحكم مباشرة من نظام حكم مطلق إلى نظام ديموقراطى نيابى برلمانى على أحدث المبادىء الديموقراطية التى كانت معروفة فى ذلك الوقت (٣) .

ولم يكن من السهل ان يتنازل الملك عن الحقوق والمزايا والسلطات التى كان يملكها فى ظل نظام الحكم المطلق السابق مباشرة على صدور الدستور .

(ثانياً) ان الدستور المصرى صدر فى شكل منحة من الملك فؤاد (٤)

وان القانون الأساسى العراقى أورد فى الباب الثانى منه تحت عنوان «الملك وحقوقه» نصاً له دلالته وهو نص المادة ١٩ يقول فيه «سيادة المملكة العراقية الدستورية للأمة وهى وديعة الشعب للملك فيصل بن الحسين ثم لورثته من بعده» .

وبالرغم من اتفاق رأى فقهاء القانون الدستورى فى مصر على ان صدور الدستور فى شكل منحة لا يرتب حقاً للملك فى سحب الدستور ، وبالرغم من كل ما يمكن قوله فى تفسير نص القانون الأساسى العراقى فان ثمة حقيقة لا يمكن انكارها وهى إن هذا الوضع بالنسبة للدستورين من شأنه أن يترك

---

(١) الدكتور منذر الشاوى المرجع السابق ص ١٤٦ ، ١٤٧ .

(٢) المرجع السابق ص ١٣٠ .

(٣) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمى المرجع السابق ص ١٣٥.

(٤) يبدو شكل المنحة واضحاً فى صيغة الأمر الملكى رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٣ الذى صدر بوضع الدستور .

أثره فى البلدين ويجعل تفهم السلطات الحاكمة وخصوصاً الملك لحقيقة الوضع الجديد ناقصاً ان لم يكن معدوماً خصوصاً إذا لاحظنا قيام التعارض الظاهر بين مصلحة الملك الشخصية ومصلحة الشعب فيما يتعلق بتوجيه شئون الحكم .

(ثالثاً) ان جمهور الناخبين بوضعهم الاجتماعى والاقتصادى المعروف فى ذلك الوقت كانوا — وهم محرومون من حقوقهم الاجتماعية — عاجزين عن ممارسة حقوقهم السياسية بارادة حرة وادراك ووعى صحيحين .

(رابعاً) ان مصالح انجلترا كانت تتعارض بطبيعة الحال مع المصالح الوطنية سواء فى العراق أو فى مصر ولهذا فقد كان من الطبيعى أن تساند دولة الاستعمار الملك فى سعيه لتوطيد سلطته واضعاف سلطة الشعب واهدار حقوقه الدستورية .

ونرى من الواجب ان ننبه هنا إلى أن ممارسة الملك لسلطة الحكم فعلا لا يمكن اعتبارها مجرد مخالفة للدستور أو مجرد تطوير للنظام البرلمانى أو محاولة لتطوير هذا النظام أو لتطعيمه بعنصر رئاسى . ولكنها فى حقيقتها هدم للنظام الديموقراطى من أساسه وعودة إلى الحكم المطلق .

ولا يمكن أن تقارن ممارسة الملك لسلطة الحكم فى مصر والعراق بالمحاولة التى قام بها المارشال ماكماهون رئيس الجمهورية الفرنسية فى سنة ١٨٧٦ (١) أو التى قام بها الرئيس مللبران فى سنة ١٩٢٤ (٢) للتدخل فى شئون الحكم خلافاً لما يقضى به دستور سنة ١٨٧٥ ولا يمكن أن تقارن كذلك بتولى الرئيس ديجول سلطة الحكم فعلا فى فرنسا وفقاً لأحكام دستور سنة ١٩٥٨ .

ذلك لأن رئيس الجمهورية الفرنسية سواء فى ظل دستور سنة ١٩٥٨ أو دستور سنة ١٨٧٥ هو رئيس منتخب من الشعب سواء بالطريق المباشر

---

(١) ، (٢) حاول الرئيسان التدخل فى شئون الحكم واختيار وزارة تنفذ سياستهما الشخصية وتكون مسئولة أمامهما و لكن البرلمان قاوم هذا الاتجاه وأجبرهما على الاستقالة .

أو غير المباشر . وتولى هذا الرئيس السلطة جائز فى ظل النظام النيابى الرئاسى وإن لم يكن جائزاً فى ظل النظام النيابى البرلمانى . ولهذا فان كل ما يترتب على ممارسة الرئيس المنتخب لشئون الحكم هو أن يفقد النظام صفته البرلمانية دون أن يفقد صفته الديموقراطية النيابية .

أما الملك الوراثى فانه حين يمارس السلطة لا يمارسها باسم الشعب وانما يمارسها ضد ارادة الشعب ولهذا فان الحكم فى هذه الحالة يفقد صفة الحكم الديموقراطى ويتحول إلى حكم مطلق .

المبحث الثانى

النظام السياسى للجمهورية العربية المتحدة

فى دستور سنة ١٩٥٦

ما هو النظام السياسى الذى أنشأه دستور جمهورية مصر سنة ١٩٥٦ فى الجمهورية العربية المتحدة ؟ ما هى طبيعة هذا النظام ؟ هل هو نظام برلمانى ؟ هل هو نظام رئاسى ؟

للاجابة على كل هذه التساؤلات نبدأ أولا بدراسة النظام السياسى كما رسمته نصوص دستور سنة ١٩٥٦ ثم نحاول بعد ذلك وفى ضوء هذه الدراسة تحديد طبيعة هذا النظام .

المطلب الأول

تحديد النظام السياسى الذى أنشأه دستور سنة ١٩٥٦

فى الجمهورية العربية المتحدة

أفرد دستور سنة ١٩٥٦ الباب الرابع منه للأحكام الخاصة بالسلطات وقسمه إلى أربعة فصول . خصص الفصل الأول لرئيس الدولة ، والفصل الثانى للسلطة التشريعية ، والفصل الثالث للسلطة التنفيذية ، والفصل الرابع والأخير للسلطة القضائية .

والذى يعنينا فيما يختص بتحديد النظام السياسى للدولة هو الأحكام المتعلقة بالسلطتين التشريعية والتنفيذية وهى التى وردت فى الفصلين الثانى والثالث ونعرض لدراستها فيما يلى :

أولا
السلطة التشريعية

تتكون الهيئة التشريعية من مجلس واحد هو مجلس الأمة . ويختار أعضاؤه بطريق الانتخاب السرى العام (م ٦٧) . وهذا المجلس هو الذى يمارس السلطة التشريعية. وطبقاً لصريح نص المادة ٨٤ لا يصدر قانون إلا إذا قرره مجلس الأمة .

وإذا كان مجلس الأمة هو المختص بمباشرة الوظيفة التشريعية كما سبق البيان فانه يلاحظ ان لرئيس الجمهورية حق اقتراح القوانين والاعتراض عليها .

وطبقاً لنص المادة ٧٢ يجتمع المجلس بناء على دعوة رئيس الجمهورية ، غير ان المادة ٧٤ جعلت الاجتماع ومدته أمراً مفروضاً بقوة القانون بنصها صراحة على أن «يدعى المجلس للانعقاد للدور السنوى العادى قبل الخميس الثانى من شهر نوفمبر . فاذا لم يدع يجتمع بحكم القانون فى اليوم المذكور . ويدوم دور الانعقاد العادى سبعة أشهر على الأقل ولا يجوز فضه قبل اعتماد الميزانية .

ومن جهة أخرى يتمتع المجلس بالاستقلال والحرية فى تنظيم شئونه الداخلية دون تدخل من جانب السلطة التنفيذية . فالمجلس هو الذى ينتخب رئيسه ووكيله للدور السنوى العادى (م ٧٩) وهو الذى يضع لائحته الداخلية لتنظيم كيفية أداء أعماله (م ٧٦) . وله وحده المحافظة على النظام فى داخله . ولا يجوز لأية قوة مسلحة الدخول فى المجلس ولا الاستقرار على مقربة من أبوابه الا بطلب من رئيس المجلس (م ٨٧) . وهو المختص بالفصل فى صحة عضوية أعضائه (م ٨٩) (١) .

---

(١) يجرى التحقيق فى الطعون فى صحة العضوية بواسطة محكمة عليا بناءا على احالة من رئيس المجلس لكن المجلس هو الذى يفصل فى الطعن بعد عرض نتيجة التحقيق عليه .

وطبقاً لنصوص المواد ١٠٧ – ١١٠ لا يجوز فى أثناء دور انعقاد مجلس الأمة وفى غير حالة التلبس بالجريمة أن تتخذ ضد أى عضو من أعضائه أية إجراءات جنائية الا باذن المجلس .

ولا يؤاخذ أعضاء المجلس عما يبدونه من الأفكار والآراء فى أداء أعمالهم فى المجلس أو لجانه .

ولا يجوز إسقاط عضوية أحد من أعضاء المجلس الا بقرار من المجلس بأغلبية ثلثى أعضائه بناء على اقتراح عشرة من الأعضاء . والمجلس هو الذى يقبل استقالة اعضائه .

ثانيا

السلطة التنفيذية

يتميز دستور سنة ١٩٥٦ بأنه فرق فى نطاق السلطة التنفيذية بين الوظيفة الحكومية والوظيفة الادارية كما فرق بين الهيئة التى تمارس الوظيفة الحكومية والهيئة التى تمارس الوظيفة الادارية .

ذلك ان الدستور وان كان قد نص صراحة فى المادة ١١٩ منه على أن رئيس الجمهورية يتولى السلطة التنفيذية ويمارسها على الوجه المبين فى الدستور الا أنه تضمن مع ذلك أو ضاعاً وأحكاما لها دلالة خاصة فى هذا الشأن نعرض لبيانها فيما يلى :

(اولا) قسم الدستور الفصل الثالث المخصص للسلطة التنفيذية إلى أربعة فروع . الفرع الأول : رئيس الجمهورية . والفرع الثانى : الوزراء والفرع الثالث : الادارة المحلية . والفرع الرابع : مجلس الدفاع الوطنى .

ويستفاد من هذا التقسيم ان الدستور ينظر لهذه الفروع الأربعة بوصفها أجهزة متميزة . وفى رأينا ان رئيس الجمهورية طبقاً لهذا التقسيم يمثل الحكومة ، والوزراء والادارة المحلية يمثلان السلطة الادارية المركزية والسلطة الادارية المحلية .

(ثانياً) نص الدستور فى مواد متفرقة على اختصاصات رئيس الجمهورية وهى نوعان اختصاصات حكومية واختصاصات إدارية :

فالاختصاصات الحكومية تشمل بوجه عام وضع السياسة العامة للحكومة بالاشتراك مع الوزراء واقتراح القوانين والاعتراض عليها ، واعلان الحرب وعقد المعاهدات ودعوة مجلس الأمة للانعقاد وفض الدورة وحل مجلس الأمة واستفتاء الشعب .

والاختصاصات الادارية تشمل بوجه عام ترتيب المصالح العامة والاشراف على ادارتها واصدار اللوائح وتعيين الموظفين المدنيين والعسكرين وعزلهم على الوجه المبين بالقانون .

ويتبين من مجموع نصوص الدستور فى هذا الشأن أن رئيس الجمهورية يباشر الاختصاصات الحكومية بنفسه بموافقة مجلس الأمة أو بعد أخذ رأيه فى بعض الحالات . أما الاختصاصات الادارية فيباشرها عن طريق الوزراء (١) .

(ثالثاً) خولت المادة ١٤٨ من الدستور كل وزير حق الاشراف على شئون وزارته وتنفيذ السياسة العامة للحكومة فيها .

ونصت المادة ١٤٦ على أنه فى حالة انتهاء مدة الرئاسة المقررة لرئيس الجمهورية يستمر الوزراء فى مباشرة أعمالهم إلى أن يتم انتخاب خلف له .

ويستفاد من نص المادة ١٤٨ أن الوزراء لهم — فى دستور سنة ١٩٥٦ — سلطة ذاتية وان كانوا يخضعون فى مباشرتها لرقابة رئيس الجمهورية بوصفه الرئيس الادارى الأعلى وانهم فى مباشرة اختصاصاتهم يعتبرون سلطة متميزة عن رئيس الجمهورية لأنهم لا يستمدون اختصاصاتهم وحقهم فى مباشرة هذه الاختصاصات من رئيس الجمهورية بوصفه صاحب

---

(١) أنظر لنا القانون الادارى العربى فى ظل النظام الإشتراكى الديمقراطى التعاونى ١٩٦٧ ص ٤١٥ .

الاختصاص أصلا ، وانما يستمدون حقهم فى ذلك من الدستور مباشرة فلا يملك رئيس الجمهورية ازاء صراحة نص المادة ١٤٨ أن يلغى اختصاصات الوزراء أو أن يتولى بنفسه هذه الاختصاصات مع الغاء مناصب الوزراء أو تركها شاغرة .

وقد أقرت المادة ١٤٦ هذا المبدأ بنصها على أن الوزراء يستمرون فى مباشرة أعمالهم فى حالة انتهاء مدة الرئاسة لأى سبب . ومعنى هذا انه إذا انتهت مدة رئيس الجمهورية فلا يترتب على ذلك انقضاء سلطة الوزراء فى مباشرة اختصاصاتهم ولكنهم على العكس يستمرون فى مباشرة هذه الاختصاصات وفقاً لصريح نص الدستور وهم فى هذه الحالة لا يستمدون سلطتهم من رئيس الجمهورية لأن المفروض أن سلطته زالت ولا يستمدونها من رئيس مجلس الأمة الذى يتولى رئاسة الجمهورية مؤقتاً لأن المادة ١٤٦ تخول الوزراء صراحة حق الاستمرار فى مباشرة اختصاصاتهم فى حالة انتهاء مدة رئاسة الجمهورية لأى سبب كان . وهذا النص قاطع فى أن الوزراء يستمدون سلطتهم من الدستور مباشرة (١) .

(رابعاً) تنص المادة ١٣١ من الدستور على أن «يضع رئيس الجمهورية بالاشتراك مع الوزراء السياسة العامة للحكومة فى جميع النواحى السياسية والاقتصادية والاجتماعية والادارية ويشرف على تنفيذها» .

وتنص المادة ١٤٧ على ان «يجتمع رئيس الجمهورية مع الوزراء فى هيئة مجلس وزراء لتبادل الرأى فى الشئون العامة للحكومة وتصريف شئونها » .

ويوهم هذان النصان ان حق وضع السياسة العامة للحكومة — وهو أهم الوظائف الحكومية فى الدولة — من اختصاص رئيس الجمهورية والوزراء

---

(١) الدكتور محمد فؤاد مهنا : القانون الادارى العربى فى ظل النظام الاشتراكى الديمقراطى التعاونى ١٩٦٧ ص ٤١٨ وما بعدها .

معاً وان دستور سنة ١٩٥٦ يعترف بوجود نظام مجلس الوزراء ويجعل من اختصاص هذا المجلس وضع السياسة العامة للحكومة .

ولكن الحقيقة التى يؤيدها التفسير الصحيح لنصوص الدستور أن حق مباشرة الاختصاصات الحكومية مقرر فى دستور جمهورية مصر لرئيس الجمهورية وحده وان اختصاص الوزراء مقصور فى هذا الدستور على الشئون الادارية ، وان نظام مجلس الوزراء بصورته التى كانت معروفة فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ البرلمانى لم يعد له وجود فى دستور جمهورية مصر .

أما اشتراك الوزراء مع رئيس الجمهورية فى رسم السياسة العامة للحكومة المشار اليه فى المادة ١٣١ واجتماع رئيس الجمهورية مع الوزراء فى هيئة مجلس وزراء لتبادل الرأى فى الشئون العامة كما تقول المادة ١٤٧ فليس الا من قبيل اشتراك المرؤوس مع الرئيس صاحب الحق الأصيل فى ممارسة السلطة ومباشرة الاختصاص بمعنى أن المرؤس فى هذه الحالة لا يكون له سوى رأى استشارى فى الموضوع المطروح على بساط البحث . أما سلطة البت والتقرير فتبقى للرئيس وحده .

ونلخص الحجج التى تؤيد هذا التفسير وتقطع بسلامته فيما يلى :

١ ـ انه لا يوجد فى الدستور أى نص يقرر حقاً أصلياً للوزراء أو لمجلس الوزراء فى مباشرة الاختصاصات الحكومية .

٢ ـ ان الدستور أقر مسئولية الوزراء منفردين أمام مجلس الأمة فى حين أنه لا يجيز مساءلة الوزراء مجتمعين(١) .

ومسئولية الوزير منفرداً معروفة فى النظام البرلمانى وهى لا تجيز مساءلة الوزير عن الأعمال التى كانت محل مداولة مجلس الوزراء .

---

(١) تنص المادة ٩٠ على أن « لكل عضو من أعضاء مجلس الامة أن يوجه الى الوزراء أسئلة أو استجوابات . . . .)

وتنص المادة ١١٣ على أنه « اذا قرر مجلس الأمة عدم الثقة بأحد الوزراء وجب عليه اعتزال الوزارة » .

فاذا نص الدستور على مسئولية كل وزير على انفراد فان معنى هذا ان المقصود مسئوليته عن الأعمال التى يتولاها منفرداً وهى الأعمال الادارية أما الأعمال الحكومية فلا يسأل عنها لسبب واضح وهو انه لايشارك فيها بسلطة ذاتية مستقلة وانما يشترك فيها برأى استشارى نظراً لأن حق البت فيها من اختصاص رئيس الجمهورية وحده . ومن المبادىء المسلم بها ان المسئولية لا توجد الا حيث توجد السلطة وكل الدلائل تدل على ان المشرع الدستورى لم يرد مخالفة هذا المبدا فى دستور جمهورية مصر .

٣ — مما يؤكد سلامة التفسير الذى ذهبنا اليه علاوة على ما تقدم أن المشرع المصرى تمشياً مع منطق النصوص الدستورية ومفهومها فى هذا الصدد أصدر فى ١٠ يوليه سنة ١٩٥٦ القانون رقم ٣٨٣ لسنة ١٩٥٦ وهو ينص فى مادته الأولى على ما يأتى :

«يستبدل بعبارتى» رئيس مجلس الوزراء» ، «مجلس الوزراء» الواردة فى جميع القوانين وغيرها من التشريعات القائمة عبارة «رئيس الجمهورية» وكذلك يستبدل بعبارة «رياسة مجلس الوزراء» عبارة «رئاسة الجمهورية» .

ولا شك ان هذا النص قاطع فى أن السلطة التى حلت فى ظل دستور سنة ١٩٥٦ محل مجلس الوزراء الذى كان قائماً فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ هى سلطة رئيس الجمهورية ورئيس الجمهورية وحده .

المطلب الثانى

تحديد طبيعة النظام السياسى

للجمهورية العربية المتحدة فى دستور سنة ١٩٥٦

لتحديد طبيعة هذا النظام يتعين أولا تحديد العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية . وعلى أساس دراستنا لهذه العلاقة نستطيع أن نحكم على طبيعة النظام .

أولا

العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية

تلخص الأحكام التى تنظم العلاقات بين هاتين السلطتين فى دستور سنة ١٩٥٦ فيما يلى :

(أولا) رئيس الجمهورية : يختار رئيس الجمهورية بواسطة الشعب فى استفتاء عام بناء على ترشيح مجلس الأمة وذلك لمدة ست سنوات .

ولرئيس الجمهورية السلطات والاختصاصات الآتية ازاء مجلس الأمة :

١ — حق اقتراح القوانين والاعتراض عليها (١٣٢ — ١٣٤) .

٢ — دعوة مجلس الأمة للانعقاد وفض الدورة (م ٧٢) .

٣ — يحضر جلسة افتتاح مجلس الأمة ويلقى بياناً متضمناً السياسة العامة للحكومة والمشروعات التى ترى القيام بها .

٤ — حل مجلس الأمة .

(ثانياً) الوزراء :

١ — يعين رئيس الجمهورية الوزراء ويعفيهم من مناصبهم .

٢ — يسأل الوزراء أمام رئيس الجمهورية وأمام مجلس الأمة .

٣ — طبقاً لنص المادة ٨٨ تسمع أقوال الوزراء فى مجلس الأمة كلما طلبوا الكلام وللوزير صوت معدود فى المداولات إذا كان عضواً فى مجلس الأمة .

(ثالثاً) مجلس الأمة ازاء الوزراء :

١ — لكل عضو من أعضاء مجلس الأمة توجيه أسئلة واستجوابات للوزراء .

٢ — لمجلس الأمة طرح المناقشة فى موضوع عام بناء على طلب عشرة أعضاء لاستيضاح سياسة الحكومة فى شأنه وتبادل الرأى فيه (م ٩١) .

٣ — لمجلس الأمة أن يسحب الثقة من احد الوزراء بعد استجواب

موجه اليه وفى هذه الحالة يجب على الوزير اعتزال الوزارة ويكون سحب الثقة بأغلبية اعضاء المجلس (م ١١٣) .

ثانيا

تحديد طبيعة النظام السياسى للجمهورية العربية المتحدة فى دستور سنة ١٩٥٦

يملك رئيس الجمهورية فى هذا النظام كل السلطات والاختصاصات المقررة للرئيس فى النظام الأمريكى دون أن تكون علاقته بمجلس الأمة مقيدة بالقيود التى يفرضها النظام الرئاسى الأمريكى على رئيس الجمهورية

فرئيس الجمهورية فى دستور سنة ١٩٥٦ يتولى السلطة التنفيذية ويمارسها وهو بحكم الدستور يتولى ويمارس الوظيفة الحكومية بنفسه . وإذا كان الدستور قد أفرد وضعاً محدداً للوزراء مما اقتضى أن تكون ممارسة رئيس الجمهورية للوظيفة الادارية عن طريق الوزراء . فان هذا لا ينفى أن رئيس الجمهورية هو الرئيس الادارى الأعلى وهو لهذا يعتبر سلطة ادارية رئاسية بالنسبة للوزراء . وهو الذى يعينهم ويعفيهم من مناصبهم ويحيلهم إلى المحاكمة عما يقع منهم من جرائم فى تأدية أعمال وظائفهم . وهذه حقوق يقررها النظام الرئاسى للرئيس بوجه عام .

لكن رئيس الجمهورية فى دستور سنة ١٩٥٦ له حقوق أخرى فهو يدعو مجلس الأمة للانعقاد ويفض الدورة ويحل مجلس الأمة وله حق اقتراح القوانين ويقدم فى جلسة افتتاح مجلس الأمة بياناً متضمناً السياسة العامة للحكومة وهذه كلها حقوق لا يملكها رئيس الدولة فى النظام الرئاسى .

ولهذا فانه يتعين القول بأن النظام السياسى للجمهورية العربية المتحدة فى دستور سنة ١٩٥٦ هو نظام رئاسى متطرف . ولا يغير من هذا الحكم فى نظرنا ما أدمج فى هذا النظام من بعض العناصر التى تبدو وكأنها عناصر برلمانية ولكنها فى حقيقتها لا تعتبر من عناصر النظام البرلمانى .

ذلك لأن الوزراء فى دستور سنة ١٩٥٦ ليس لهم كما سبق القول —

أى اختصاصات حكومية وكل اختصاصاتهم ادارية بحتة . وعلى هذا فان الرقابة المقررة فى الدستور لمجلس الأمة على الوزراء هى رقابة مقصورة على الشئون الادارية التى يباشرها كل وزير بمفرده . وليست هذه هى الرقابة التى يعرفها النظام البرلمانى . ان مثل هذه الرقابة قد توجد فى النظام الرئاسى بل ان الكونجرس الأمريكى يراقب فعلا الجهاز الادارى الأمريكى بوسائل خاصة سبقت الاشارة اليها .

ولا شك ان النظام السياسى الذى يقوم على أساس عدم مسئولية الرئيس الذى يمارس الاختصاصات الحكومية لا يمكن أن يعتبر نظاماً برلمانياً .

المبحث الثالث

النظام السياسى للجمهورية العربية المتحدة فى الاعلان الدستورى

الصادر فى ٢٤ مارس سنة ١٩٦٤

أورد الاعلان الدستورى الصادر فى ٢٤ مارس سنة ١٩٦٤ الأحكام الخاصة بنظام الحكم فى الباب الرابع منه وقسم هذا الباب إلى أربعة فصول خصص الأول منها لرئيس الدولة والثانى للسلطة التشريعية والثالث للسلطة التنفيذية والرابع للسلطة القضائية .

وقسم الفصل الثالث المخصص للسلطة التنفيذية إلى أربعة فروع أورد فى الفرع الأول الأحكام الخاصة برئيس الجمهورية وأورد فى الفرع الثانى الأحكام الخاصة بالحكومة وفى الفرعين الثالث والرابع أورد الأحكام الخاصة بالدفاع الوطنى والادارة المحلية على التوالى .

ويهمنا من كل هذه الأحكام ، ونحن بصدد تحديد النظام السياسى للدولة تلك التى وردت فى الفصلين الثانى والثالث من الباب الرابع فى شأن السلطتين التشريعية والتنفيذية ونعرض لها فيما يلى :

أولا

السلطة التشريعية

لا تكاد الأحكام التى أوردها الاعلان الدستورى فى شأن السلطة

التشريعية تختلف عن الأحكام التى قررها دستور جمهورية مصر سنة ١٩٥٦ فيما يتعلق بممارسة مجلس الأمة للسلطة التشريعة وسلطاته واختصاصاته فى هذا الشأن واستقلال اعضائه وحصاناتهم فى مباشرة عملهم فى المجلس .

ولهذا رأينا ان نكتفى هنا بايراد الأحكام الجديدة التى لم يرد لها ذكر فى دستور سنة ١٩٥٦ مع الاحالة فيما عدا ذلك لما عرضناه فيما تقدم فى كلامنا عن السلطة التشريعية فى دستور سنة ١٩٥٦ .

والجديد فى هذا الموضوع ينحصر فى أمرين: تكوين مجلس الأمة وتنظيم العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية .

ففيما يتعلق بتكوين مجلس الأمة أورد الاعلان الدستورى حكمين جديدين فى هذا الشأن .

الأول تقرير حق رئيس الجمهورية فى أن يعين عدداً لا يزيد على عشرة أعضاء فى مجلس الأمة يضاف إلى أعضاء المجلس المختارين بطريق الانتخاب السرى العام وفقاً للقاعدة العامة (م ٤٩) .

والثانى : ان الاعلان الدستورى اشترط فى المادة ٤٩ منه أن يكون نصف اعضاء المجلس على الأقل من العمال والفلاحين . وذلك تمشياً مع المبدأ العام الذى قرره ميثاق العمل الوطنى .

أما فيما يتعلق بتنظيم العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية فنرجىء الكلام عنها إلى فقرة تالية نخصصها للكلام عن طبيعة النظام السياسى الذى انشأه الاعلان الدستورى .

ثانيا

السلطة التنفيذية

انشأ الاعلان الدستورى نظاماً جديداً لممارسة السلطة التنفيذية نعرض لبيان عناصره فيما يلى :

(أولا) تتكون السلطة التنفيذية من عنصرين رئيسين رئيس الجمهورية والحكومة ، فرئيس الجمهورية يختار بالاستفتاء بواسطة الشعب لمدة ٦ سنوات بناء على ترشيح مجلس الأمة .

ورئيس الجمهورية طبقاً لنص المادة ١٠٠ يتولى السلطة التنفيذية ويمارسها على الوجه المبين بالدستور والذى سوف نعرض لتحديده فيما بعد .

أما الحكومة فهى بصريح نص المادة ١٣٠ من الاعلان الدستورى «الهيئة التنفيذية والادارية العليا للدولة» .

وتتكون الحكومة من رئيس الوزراء ونواب رئيس الوزراء والوزراء (م ١٣١) .

وادارة أعمال الحكومة ورئاسة مجلس الوزراء معقودة بصريح نص المادة ١٣١ لرئيس الورزراء (١) .

وطبقاً لنص المادة ١١٤ يعين رئيس الجمهورية رئيس الوزراء ونواب رئيس الوزراء والوزراء ويعفيهم من مناصبهم .

ولرئيس الجمهورية طبقاً لنص المادة ١١٥ حق دعوة مجلس الوزراء للانعقاد وحضور جلساته وتكون له رئاسة الجلسات التى يحضرها .

(ثانياً) وزعت الاختصاصات الحكومية والادارية بين رئيس الجمهورية والحكومة وحددت الاختصاصات التى يباشرها كل منهما تحديداً دقيقاً فى نصوص الدستور .

ففيما يتعلق بوضع السياسة العامة للدولة وهو أهم الاختصاصات الحكومية نصت المادة ١١٣ على ما يأتى :

---

(١) تنص هذه المادة على أن يدير رئيس الوزراء أعمال الحكومة ويرأس مجلس الوزراء .

«يضع رئيس الجمهورية بالاشتراك مع الحكومة السياسة العامة للدولة فى جميع النواحى السياسية والاقتصادية والاجتماعية والادارية ويشرف على تنفيذها .

وهذا النص قاطع فى أن الحكومة تشترك مع رئيس الجمهورية فى وضع السياسة العامة للدولة . وعلى هذا وبحكم هذا الاشتراك تسأل الحكومة أمام مجلس الأمة عن هذه السياسة بالرغم من أن رئيس الجمهورية غير مسئول بحكم الدستور .

ويقرر النص من ناحية أخرى حق رئيس الجمهورية فى الاشراف على تنفيذ السياسة العامة .

ونظراً لأن الحكومة هى المختصة بتنفيذ السياسة العامة كما سيأتى فان رئيس الجمهورية يكون له بحكم النص حق الاشراف على الحكومة فى قيامها بتنفيذ السياسة العامة فضلا عما يملكه من حق حضور جلسات مجلس الوزراء ورئاسة الجلسة التى يحضرها .

اختصاصات رئيس الجمهورية : وفيما عدا ما تقدم حددت نصوص الاعلان الدستورى اختصاصات رئيس الجمهورية وهى لا تكاد تختلف عن الاختصاصات المقررة له فى دستور سنة ١٩٥٦ وتشمل اعلان الحرب وعقد المعاهدات واعلان حالة الطوارىء والعفو عن العقوبة وتعيين الموظفين المدنيين والعسكريين واستفتاء الشعب فى المسائل الهامة واصدار اللوائح التفويضية والتنفيذية ولوائح الضبط والقرارات المتعلقة بترتيب المصالح العامة (١) .

---

(١) رأينا عدم الاشاره هنا الى اختصاصات رئيس الجمهورية المتعلقة بالتشريع ومجلس الامة على أن نذكرها عند الكلام عن العلاقة بين السلطتين .

اختصاصات الحكومة : كذلك حددت نصوص الاعلان الدستورى اختصاصات الحكومة وهى عديدة نذكر منها ما يلى :

١ — تنفيذ السياسة العامة للدولة وممارسة كافة الاختصاصات اللازمة لذلك (م ١٣٢) .

٢ — تنظيم وتنفيذ المهام الاقتصادية والثقافية الخاصة بالبناء الاشتراكى وانتهاج سياسة خارجية سليمة .

٣ — توجيه وتنسيق ومراجعة أعمال الوزارات والمؤسسات والهيئات العامة والاشراف على جميع المؤسسات العامة .

٤ — اعداد مشروع الميزانية ومشروع الخطة العامة للدولة .

٥ — ملاحظة تنفيذ القوانين والمحافظة على أمن الدولة وحماية حقوق المواطنين ومصالح الدولة .

(ثالثاً) نظمت العلاقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية على أساس جعل حق حل مجلس الأمة من اختصاص رئيس الجمهورية وهو غير مسئول أمام المجلس بينما جعلت الحكومة مسئولة أمام المجلس وخاضعة لرقابته . وسيأتى بيان ذلك .

(رابعاً) أغفل الدستور لأول مرة فى تاريخ الدساتير المصرية الحديثة النص على اختصاص كل وزير بالاشراف على شئون وزارته ، فقد كان هذا النص يتردد دائماً فى كل دساتير مصر الحديثة منذ سنة ١٩٢٣ وعلى هذا فان الوزراء لم يعد لهم وضع دستورى فى هذا النظام السياسى (١) خلافاً لما كان عليه الحال فى الدساتير السابقة . وواضح ان هذا القول ينصب على الوزراء فى حالة انفرادهم فقط . لأنهم حين يجتمعون بهيئة مجلس وزراء

---

(١) يلاحظ أن النص على اشراف كل وزير على وزارته وارد الان فى قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ .

برئاسة رئيس الوزراء أو رئيس الجمهورية يكونون الحكومة وهى الهيئة التنفيذية والادارية العليا المنصوص عليها فى الدستور .

ثالثا

تحديد طبيعة النظام السياسى المصرى الذى أنشاه الاعلان الدستورى الصادر سنة ١٩٦٤ .

- ١ -

تنظيم العلاقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية :

حدد الاعلان الدستورى العلاقة بين رئيس الجمهورية والحكومة من ناحية ومجلس الأمة من ناحية أخرى كما يلى :

(أولا) معاونة السلطة التنفيذية فى الأعمال التشريعية :

طبقاً لنص المادة ١١٦ لرئيس الجمهورية حق اقتراح القوانين والاعتراض عليها . ويجوز أن يكون الوزراء أعضاء فى مجلس الأمة وفى هذه الحالة يكون لهم صوت معدود عند أخذ الرأى (م ٨٥) .

(ثانياً) حقوق لرئيس الجمهورية ازاء مجلس الأمة : تلخص هذه الحقوق فيما يلى :

١ — يدعو رئيس الجمهورية مجلس الأمة إلى الانعقاد ويفض الدورة (م ٥٣ ، ٥٧)

٢ — يلقى رئيس الجمهورية أمام مجلس الأمة عند افتتاح الدورة بياناً متضمناً السياسة العامة للدولة (م ٦٣) .

٣ — لرئيس الجمهورية حق حل مجلس الأمة (م ٩١) .

(ثالثاً) حقوق لمجلس الأمة ازاء الحكومة : تلخص هذه الحقوق فيما يلى :

١ — طبقاً لنص المادة ٨٢ تعرض الحكومة بعد تعيينها برنامجها على مجلس الأمة وتطلب موافقة مجلس الأمة عليه .

٢ — طبقاً لنص المادتين ٨٦ لكل عضو من أعضاء مجلس الأمة أن يوجه إلى رئيس الوزراء والوزراء أسئلة أو استجوابات فى شأن من الشئون الداخلة فى اختصاصهم ويلزم رئيس الوزراء والوزراء بالاجابة على الأسئلة وتجرى مناقشة الاستجواب بعد سبعة أيام على الأقل من يوم تقديمه فيما عدا الاستعجال بموافقة الحكومة .

٣ — لمجلس الأمة أن يسحب الثقة من الحكومة وفى هذه الحالة يجب على رئيس الوزراء أن يقدم استقالة الحكومة إلى رئيس الجمهورية .

وللمجلس كذلك أن يسحب الثقة من أحد الوزراء .وفى هذه الحالة يجب على الوزير الذى أعلن المجلس عدم ثقته بهأن يعتزل الوزارة (٨٩،٩٠م)

— ٢ —

تحديد طبيعه النظام السياسى

يتبين بوضوح من مراجعة نصوص الاعلان الدستورى التى نظمت العلاقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية أن العلاقة بين السلطتين تقوم على أساس برلمانى يبدو واضحاً إذا نظرنا إلى السلطة التنفيذية كوحدة واحدة دون تفرقة بين رئيس الجمهورية والحكومة .

ذلك لأنه فى هذه الحالة يمكن القول بأنه يوجد تعاون ورقابة متبادلة بين مجلس الأمة من ناحية وبين رئيس الجمهورية والحكومة من ناحية أخرى .

وهذا الوضع يحقق مزايا النظام البرلمانى لأنه يمكن مجلس الأمة من مراقبة السلطة التنفيذية ممثلة فى الحكومة خصوصا إذا لاحظنا ان الحكومة تشترك مع رئيس الجمهورية فى وضع السياسة العامة للدولة وان مجلس الأمة له بصريح نص الدستور حق مساءلتها عن جميع اختصاصاتها بما فى ذلك الاختصاصات الحكومية طبعا .

ومن جهة أخرى يضمن هذا النظام استقرار السلطة التنفيذية فى شخص رئيس الجمهورية لأن رئيس الجمهورية وان كان يمارس السلطة التنفيذية على النحو السابق ذكره الا أن مجلس الأمة لا يملك مساءلته أو عزله لأنه (رئيس الجمهورية) غير مسئول بحكم الدستور .

ومع ذلك وبرغم توافر بعض مظاهر النظام البرلمانى فى النظام السياسى المقرر فى الاعلان الدستورى الا أنه لا يمكن اعتباره نظاما برلمانيا خالصاً . لأن من أهم عناصر النظام البرلمانى أن تكون ممارسة شئون الحكم فعلا بيد الوزارة لا بيد رئيس الدولة بمعنى أن تكون الوزارة المسئولة هى التى تمارس السلطة التنفيذية . أما رئيس الدولة فلا يسأل ولا يمارس السلطة .

ثم أنه من جهة أخرى لا يمكن اعتباره نظاماً رئاسياً خالصاً لأنه يفتقد عناصر النظام الرئاسى الأساسية .

وعلى هذا الأساس يمكن القول بأنه نظام قائم بذاته بتضمن عناصر رئاسية وأخرى برلمانية . وانه يمكن إذا أحسن تطبيقه أن يحقق الكثير من مزايا النظامين الرئاسى والبرلمانى مع تفادى عيوبهما .

خاتمة

مستقبل النظامين البرلمانى والرئاسى فى مصر والعراق

ثمة حقيقة نستخلصها من دراستنا السابقة للنظامين البرلمانى والرئاسى وهى ان النظم السياسية — وفى مقدمتها النظامان البرلمانى والرئاسى — ليست قوالب جامدة يمكن أن تحقق أغراضها تلقائياً بمجرد تطبيقها فى دولة ما ، ولكنها صور مختلفة لأشكال الحكم يجب ، لكى تحقق الغرض منها ، أن تكون متفقة ، ليس فقط مع الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية للبلد الذى تطبق فيه وانما أيضاً مع خصائص وطبائع وأخلاق أهل هذا البلد

ولهذا فان النظم السياسية يجب أن تتسم بالمرونة وأن تكون قابلة للتطور والتغير لكى تكون متفقة أدائماً مع الظروف المتطورة المتغيرة .

وقد رأينا فى دراستنا للنظامين البرلمانى والرئاسى كيف اتخذ النظام الرئاسى ، فى التطبيق العملى فى الولايات المتحدة الأمريكية ، صورة تختلف عن الصورة التقليدية التى رسمها له الفقه الدستورى فتحول بذلك الفصل المطلق إلى صلة وتعاون بين الوزراء والبرلمان داخل اللجان البرلمانية من ناحية وبين الرئيس والبرلمان فى نطاق الحزب من ناحية أخرى .

ورأينا كذلك كيف أن النظام البرلمانى فى فرنسا لم يحقق للوزارات فى ظل دستور سنة ١٨٧٥ — الاستقرار المنشود . وان وسائل العلاج التى قررها دستور سنة ١٩٤٦ عجزت بدورها عن أن تحقق هذا الاستقرار وان الأمر انتهى بأن انشأت فرنسا لنفسها فى دستور سنة ١٩٥٨ نظاماً سياسياً جديداً احتفظت فيه ببعض العناصر البرلمانية لكنه جاء مع ذلك مختلفاً اختلافاً أساسياً عن النظام البرلمانى الذى كان مقرراً فى دستور سنة ١٨٧٥ ، سنة ١٩٤٦ .

ومن جهة أخرى رأينا كيف أن النظام البرلمانى الذى رسمت صورته المجددة فى دستور مصر سنة ١٩٢٣ وفى القانون الأساسى العراقى لسنة ١٩٢٥

لم يجد ، لا فى مصر ولا فى العراق ، ارضاً صالحة لتطبيقه بسبب الظروف والعوامل التى سبقت الاشارة اليها .

والآن وقد تغيرت الأوضاع فى كل من مصر والعراق يبدو واضحاً ان النظام البرلمانى فى صورته التقليدية التى عرفناها لم يعد صالحاً للتطبيق فى أى من البلدين خصوصاً فيما يتعلق بوضع رئيس الدولة باعتباره مجرد رئيس اسمى يتمتع بكل مظاهر الرئاسة دون أن يمارس سلطة الرئاسة فعلا .

ذلك لأن ظروف بلادنا وتجارب نظم الحكم فيها على مر العصور لم تسمح فى الماضى ، ولا نعتقد انها يمكن أن تسمح فى المستقبل بقيام مثل هذا الوضع واستمراره فى التطبيق العملى .

لهذا ونظراً لأن كلا من مصروالعراق يعيش اليوم(١)فى ظل دستور موقت فى انتظار الدستوز الدائم المرتقب فقد رأينا — فى ختام دراستنا أن نضع تحت الانظار بعض المقترحات المتعلقة بنظام الحكم فى الدستور الدائم .

وفى رأينا ان النظام السياسى الذى يتحدد فى الدستور الدائم يجب — لكى يكون صالحاً للتطبيق — أن يضمن تحقيق هدفين فى وقت واحد .

الهدف الأول : تمكين الشعب من أعمال ارادة حرة فى اختيار ممثليه الذين يعهد اليهم بممارسة شئون الحكم بأسمه مع كفالة الحقوق والحريات العامة لأفراد الشعب .

والهدف الثانى : إقامة حكومة قوية مستقرة قادرة — بما يوفره لها النظام السياسى من وسائل وأسباب — على صيانة النظام العام وتوفير الحاجات والخدمات العامة التى يتطلبها المجتمع فى الداخل ، وحماية الدولة وضمان سلامتها ضد كل اعتداء يأتى من الخارج .

ويمكن فى نظرنا ان يحقق الدستور الدائم هذين الهدفين بشرطين :

---

(١) نعود فنذكر بأن هذا البحث هو عبارة عن دروس الماجستير بجامعة بغداد فى سنة ١٩٦٨—١٩٦٩

الأول أن يكون نظام الحكم الذى ينشؤه هذا الدستور اشتراكياً ديموقراطياً .

والثانى أن يكون تنظيم السلطات فى الدستور متفقاً مع الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والتجارب التى مرت بها البلاد من ناحية ، ومع خصائص وطبائع واخلاق المواطنين من ناحية أخرى .

الاشتراكية : والاشتراكيية التى نقصدها هنا واشرنا اليها فيما تقدم هى الاشتراكية فى صورتها العربية المتميزة التى حددها ميثاق العمل الوطنى وتقرير الميثاق فى الجمهورية العربية المتحدة (١) .

ولا يسمح المقام هنا بالتكلم تفصيلا عن الاشتراكية العربية ولهذا نكتفى بأن نقول انها تختلف عن الماركسية من أكثر من ناحية ، وانها تقوم على الأركان الخمسة الآتية (٢) .

١ — اذابة الفوارق بين الطبقات وتحريم السيطرة الطبقية .

٢ — سيطرة الشعب على أدوات الانتاج .

---

(١) الميثاق وتقرير الميثاق وثيقتان دستوريتان وافق عليهما المؤتمر القومى للقوى الشعبية المنتخب بواسطة الشعب لهذا الغرض وأعلنهما فى وقت واحد باعتبارهما وثيقتين دستوريتين لهما قوة الزام واحده .

(٢) رغبة فى تقديم صورة أكثر دقة ووضوحا للاشتراكية العربية كما حددها الميثاق وتقرير الميثاق ننقل فيما يلى بعض عبارات الميثاق وتقرير الميثاق فى هذا الشأن .

« يقول الميثاق » . . الاشتراكية هى اقامة مجتمع الكفاية والعدل مجتمع العمل وتكافؤ الفرص مجتمع الانتاج ومجتمع الخدمات » « إن الحرية الاجتماعية لا يمكن أن تتحقق إلا بفرص متكافئة أمام كل مواطن فى نصيب عادل من الثروة الوطنية . ان ذلك لا يقتصر على مجرد اعادة توزيع الثروة الوطنية وانما هو يتطلب أولا وقبل كل شىء توسيع قاعدة هذه الثروة بحيث تستطيع الوفاء بالحقوق المشروعة لجماهير الشعب العامة » .

ويقول تقرير الميثاق « ان لاشتراكينا العربية خصائصهما المتميزة . وعلى ذلك لا يصح أن نفسرها فى ضوء أى مذهب اشتراكى آخر . وأن علينا أن نحمى اشتراكيتنا العربية من أن يستغلها البعض فينحرف بمفاهيمها الى مفاهيم مذهبية غريبة عنها » ..

٣ – احترام الملكية الخاصة فى حدود معينة مع تغيير طبيعتها وتحويلها إلى وظيفة اجتماعية .

٤ – اتباع أسلوب التخطيط العلمى فى التنظيم الاقتصادى .

٥ – تقرير الحقوق الاجتماعية باعتبارها حقوقاً أساسية للمواطنين .

الديموقراطية : والديموقراطية التى نقصدها فى اشارتنا السابقة هى الديموقراطية النيابية التى تقرر للشعب حق ممارسة سيادته عن طريق ممثلين ينتخبهم لهذا الغرض . وقد سبق شرح الديموقراطية وصوره الحكم الديموقراطى بما فيه الكفاية ولهذا نكتفى بالاحالة إلى ما قلناه فيما تقدم .

تنظيم السلطات : وفيما يتعلق بتنظيم السلطات فى الدستور الدائم نرى أن يكون هذا التنظيم وفقاً للخطوط العريضة الرئيسية الآتية (١) .

(أولا) ان يعهد بالوظيفة التنفيذية – بما تشمله من اختصاصات حكومية وادارية إلى سلطة ذات تكوين مزدوج يشمل عنصرين :

العنصر الأول يمثله رئيس دولة يختار بطريق الانتخاب لمدة محددة ويكون له حق تولى وممارسة بعض الاختصاصات الحكومية التى يحددها الدستور .

والعنصر الثانى تمثله حكومة تتكون من الوزراء برئاسة رئيس الوزراء وتتولى وتمارس باقى الاختصاصات الحكومية وكل الاختصاصات الادارية

على أن تنظم علاقة رئيس الدولة بالحكومة بطريقة تحقق وحدة العمل والاتجاه فى نطاق السلطة التنفيذية .

وأن تكون ممارسة الاختصاصات الحكومية الهامة كاعلان الحرب وعقد المعاهدات بموافقة المجلس التشريعى .

---

(١) يعتبر الاعلان الدستورى الصادر فى ٢٤ مارس سنة ١٩٦٤ فى مصر فى نظرنا نموذجاً يحتذى فيما يتعلق بتنظيم سلطات الحكم .

وأن يراعى فى توزيع الاختصاصات الحكومية بين رئيس الدولة والحكومة أن تكون الاختصاصات التى تقرر لرئيس الدولة بقدر يسمح بضمان استقرار الحكم وضمان سلامة الدولة بوجه عام وبصفة خاصة ابان الأزمات وفى الظروف الاستثنائية . وأن تكون الاختصاصات التى تقرر للحكومة بقدر يسمح للهيئة التشريعية بفرض رقابة جدية على السياسة العامة للحكومة .

(ثانياً) أن يعهد بالوظيفة التشريعية إلى هيئة منتخبة من الشعب بطريق الاقتراع العام المباشر وأن تكون هذه الهيئة مستقلة عن السلطة التنفيذية وأن يكون لها حق ممارسة وظيفتها بارادة حرة دون أن تخضع فى ذلك لسيطرة السلطة التنفيذية أو غيرها من السلطات أيا كانت .

(ثالثاً) أن تنظم العلاقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية على أساس أن يكون للسلطة التنفيذية ممثلة فى رئيس الدولة حق اقتراح القوانين والاعتراض عليها وحق حل الهيئة التشريعية فى حدود ضمانات تكفل عدم اساءة استعمال حق الحل .

وأن يكون للهيئة التشريعية حق مراقبة السلطة التنفيذية ممثلة فى الحكومة عن طريق تقديم أسئلة واستجوابات للحكومة أو لأحد الوزراء وسحب الثقة من الحكومة أو من احد الوزرا فى حدود ضمانات تكفل حسن استعمال حق اسقاط الحكومة .

ونقف هنا لحظة لنقرر حقيقة يجب أن تعرف وهى أن مقترحاتنا فى شأن تكوين واختصاصات السلطتين التنفيذية والتشريعية وتنظيم العلاقة بينهما ليست فى جوهرها ابتكاراً فقهياً لانها تستند إلى نظام مقرر فى الاعلان الدستورى الصادر فى مصر فى ٢٤ مارس ١٩٦٤ وفى الدستور الفرنسى الصادر سنة ١٩٥٨ عرف طريقة فعلا إلى التنفيذ فى مصر وفرنسا . وقد دافعنا عن الأسس التى قام عليها هذا النظام فى محاضرات القيت فى مصر لأنه يكفل فى نظرنا القوة والاستقرار للسلطة التنفيذية بفضل ما قرره من اختصاصات وسلطات لرئيس الدولة بما فى ذلك حق حل المجلس التشريعى

وهو فى نفس الوقت يحول دون تحول السلطة التنفيذية إلى سلطة مطلقة أو مستبدة بفضل أعمال مبدأ الفصل بين السلطات بالنسبة للسلطتين التشريعية والتنفيذية وبفضل توزيع اختصاصات السلطة التنفيذية بين رئيس الدولة والحكومة مع اخضاع الحكومة لرقابة جدية من جانب المجلس التشريعى .

(رابعاً) توفير الضمانات التى تكفل الحقوق والحريات العامة للمواطنين بأعمال مبدأ علو الدستور وسيادة القانون عن طريق انشاء محكمة عليا تراقب دستورية القوانين ، وتوفير ضمانات استقلال القضاء ، وتحريم المساس بحق الفرد فى الالتجاء إلى القضاء لحماية حقوقه وحرياته التى يكفلها الدستور والقوانين .

(خامساً) نظراً لأن التجارب اثبتت عيوب تعدد الأحزاب السياسية وخطر هذا التعدد على سلامة نظام الحكم واستقراره . ونظراً لأن الظروف المحيطة بالأمة العربية تقتضى أن يوفر الدستور للحكومة كل أسباب القوة والاستقرار لهذا فاننا نرى وجوب مراعاة منتهى الحيطة فى اختيار نوع التنظيم السياسى الشعبى الذى يسمح الدستور بقيامه .

ولا شك ان تجميع قوى الشعب العاملة فى اطار تنظيم سياسى شعبى يمثل تحالف هذه القوى من شأنه أن يحقق هدفاً من أهم أهدافنا وهو تحقيق الوحدة الوطنية فى المحيط الداخلى .

وقد قام التنظيم السياسى الشعبى فى مصر على هذا الأساس ممثلا فى الاتحاد الاشتراكى العربى .

ويتبين من مراجعة مقدمة القانون الأساسى للاتحاد الاشتراكى العربى فى مصر (١) أن هذا الاتحاد هو تنظيم سياسى شعبى يقوم بنفس العمل

---

(١) ورد فى مقدمة القانون الاساسى للاتحاد الاشتراكى العربى ما يلى :

– « ان الاتحاد الاشتراكى العربى هو الطليعة الاشتراكية التى تقود الجماهير وتعبر عن ارادتها وتوجه العمل الوطنى وتقوم بالرقابة الفعالة على سيره فى خطه السليم فى ظل مبادىء الميثاق » .

الذى يمكن أن يقوم به الشعب فى ظل حكم ديموقراطى نيابى ، ولكنه لا يمارس اختصاصات المؤسسات الدستورية التى انشأها الدستور ولا يعتبر لذلك سلطة تنفيذية أو سلطة تشريع فى الوضع الدستورى القائم فى مصر .

وبهذا الوضع يعتبر الاتحاد الاشتراكى العربى فى مصر نموذجاً لتنظيم سياسى شعبى يحل محل نظام الأحزاب السياسية المعروف فى أوربا وأمريكا غير أنه نظراً لأهمية توضيح الحدود بين رسالة ودور الاتحاد الاشتراكى بوصفه تنظيما سياسياً شعبياً ، وبين دور واختصاصات السلطات العامة فى الدولة بوصفها مؤسسات دستورية نرى أنه يتعين تحديد دور ووضع الاتحاد الاشتراكى وعلاقته بالسلطتين التنفيذية والتشريعية بمقتضى نصوص صريحة فى الدستور الدائم .

= وفى موضع آخر حددت المقدمة أهداف الاتحاد الاشتراكى العربى فى الصيغة الآتية :

« تحقيق الديمقراطية السليمة ممثلة بالشعب وللشعب لتكون الثورة بالشعب فى أسلوبها ، وللشعب فى غايتها وأهدافها » .

القصـــد الجنـائى فى تزوير المحررات

للدكتور عوض محمد
أستاذ القانون الجنائى المساعد
بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

تمهيد

١ – دقة موضوع التزوير وأسبابها : يعتبر التزوير من أدق موضوعات القسم الخاص فى قانون العقوبات ، بل إنه فى تقدير بعض أعلام الفقه الجنائى أدق موضوعات هذا القسم على الإطلاق وأشدها تعقيداً وتشعباً . وليست هذه سمة ينفرد بها التزوير فى التشريع المصرى ، وإنما هو طابع عام يميز جريمة التزوير فى سائر التشريعات . وقد درج الفقهاء عند دراسة التزوير على استهلال الموضوع بالاعتراف بدقته والتسليم بصعوبته ، ونكاد نلمس فى أقوالهم اعتذاراً خفياً عما قد يبدو فى بنائهم لنظرية التزوير من قصور . ففى فرنسا يصف «شوفو وهيلى» التزوير بأنه موضوع بالغ الحرج يحوطه الغموض من كافة جوانبه (١) ، ويقول جارو إنه ليست هناك جريمة أثارت من المسائل والمشاكل ما أثاره التزوير فى المحررات (٢) . وفى إيطاليا يتحدث «كرارا» عن التزوير فيصفه بأنه موضوع مترامى الأطراف شديد التشعب والتعقيد إلى حد يجعله غارقاً فى الظلام محاطاً بالغموض كأنه أبو الهول (٣) ، وفى ألمانيا يرى «بندنج» أنه ليس ثمة نموذج قانونى أضنى الفقه فى استكناه جوهره ، والقضاء فى تطبيق أحكامه – حتى على وجه التقريب – مثلما أضناهما التزوير (٤) . وفى مصر يقرر أحمد أمين أنه ليس فى قانون العقوبات موضوع تباينت

---

(١) Chauveau et Hélie, Théorie du Code Pénal V.II, No. 638 p. 325.

(٢) Garraud; Traité du droit pénal français, III, No. 1009.

(٣) Carrara; Programma di diritto criminale, No. 3842, 3847, 3675, 2364.

(٤) Binding, Lehrbuck, II,169,108. مشار اليه فى Malinverni, Teoria del falso documentale, p. 1, Milano 1958.

فيه آراء المفسرين واضطربت فيه أحكام المحاكم كالتزوير فى المحررات (١).
وليس فيما قاله هؤلاء الفقهاء مغالاة ؛ فباب التزوير هو بحق متاهة الفقه والقضاء ، فليس هناك موضوع يخرج الباحث منه بعد التأمل العميق بحيرة كتلك التى يخرج بها الباحث فى التزوير . ونكاد نعترف بأن طول الحيرة وعمقها يعدلان دائماً طول التأمل وعمقه . وقد عانى الفقهاء جميعاً من هذه الحيرة حتى شبه بعضهم التزوير بالسراب ، يبهر الرائى بمظهره الخلاب حتى إذا هم بالقبض عليه لم يجد بين يديه غير الفراغ (٢) .

وترجع هذه الصعوبة فى تقديرنا إلى أسباب متعددة :

١ — فالملاحظ فى التشريعات بوجه عام أنها توجز فى أحكام التزوير إيجازاً مخلا لا يحسم الجدل ، وإنما يفتح الباب على مصراعيه للخلاف .

وقد تبدو نصوص التزوير فى بعض التشريعات عديدة ، ولكن هذا التعدد لا يحجب القصور ولا يسد الثغرات . فالتشريع المصرى عالج تزوير المحررات فى ثمانى عشرة مادة (٢١١ — ٢٢٧) ، ورغم ذلك لم يعن بتعريف التزوير وبيان أركانه فى أى منها ، وإنما عنى أساساً ببيان طرق التزوير وأنواع المحررات وصفة الجانى ، ثم أورد جملة نصوص حدد فيها عقوبات خاصة للتزوير الذى يقع فى طوائف معينة من المحررات الرسمية والعرفية . وليس التشريع المصرى بدعاً فى هذا الشأن ، بل إن مسلكه يتفق فى ذلك مع مسلك كثير من التشريعات المعاصرة (٣) ، ولعله أسوأ منها حالا بسبب سوء صياغته فى عدة مواطن ، فقد خرجت بعض النصوص بعبارة

---

(١) أحمد أمين — شرح قانون العقوبات الأهلى — القسم الخاص ١٩٢٤ ص ١٨٢.

(٢) Malinverni, cit. p. 1 : وانظر كذلك Antolisei, Manuale di diritto penale, parte speciale II, p. 447.

(٣) فقد نظم التشريع الجنائى الفرنسى أحكام التزوير فى المواد من ١٤٥ إلى ١٦٢ ، كما نظمها التشريع الايطالى فى المواد من ٤٧٦ إلى ٤٩٣ ولم يعرف أى منهما التزوير أو يبين أركانه .

مجملة أو غير دقيقة أو زائدة (١) . وهكذا كتب على الفقه أن ينهض بعبء ثقيل ، هو جمع النصوص والتأليف بينها فى إطار يضمها حتى يتسنى له أن يحدد معالم التزوير ويستخلص أركانه .

(٢) وعلى الرغم من المحاولات الصادقة التى بذلت لتحديد ماهية التزوير ، فمازالت الحدود مختلطة بين الوقائع الجديرة بالعقاب وغيرها من الوقائع التى يبدو العقاب عليها غير معقول ولا مقبول (٢) . وقد استطاع القضاء بوعى سليم أن يجد له مخرجاً فى حالات عديدة ، غير أن أحكامه فى حالات أخرى كثيرة تضاربت ، بل تناقضت فى المسألة الواحدة ، فقضت بعض الأحكام باعتبار الواقعة تزويراً ، ونفت أحكام أخرى هذه الصفة عنها . ويرجع هذا التضارب والتناقض إلى افتقار القضاء إلى نظرية عامة يحكمها فيما التبس عليه . وليس اضطراب الفقه فى هذا المجال بأقل من اضطراب القضاء . وحتى يومنا هذا ما تزال المنطقة التى تقع بين المؤثم بيقين والمباح بيقين منطقة واسعة تملؤها حيرة الفقه والقضاء .

(٣) كذلك فان جريمة التزوير تشتبه أحياناً بغيرها من الجرائم التى تقترب منها لاحتوائها على بعض عناصرها (٣) . فليست جرائم التزوير هى وحدها التى تقوم على الكذب والخداع أو على تغيير الحقيقة بوجه عام ، وإنما تشترك معها فى ذلك جرائم أخرى لا تمت إلى التزوير بنسب ، كالنصب (م ٣٣٦) ، وشهادة الزور (م ٢٩٤ — ٢٩٧) ، والخبرة الكاذبة والترجمة الكاذبة (م ٢٩٩) ، واليمين الكاذبة (م ٣٠١) والبلاغ الكاذب (م ٣٠٥) والقذف المكتوب إذا تضمن اسناد واقعة غير صحيحة (م ٣٠٢) ، والتفالس

---

(١) محمود ابراهيم اسماعيل — جرائم الاعتداء على الأشخاص وجرائم التزوير ١٩٥٠ ص ٢١٩ ، وانظر فتحى زغلول — رسالة التزوير طبعة ١٩٢٢ ص ١٣ .

(٢) Antolisei, cit., p. 448. Garraud, Traité III, No. 1009.

(٣) أحمد أمين ، المرجع السابق ص ١٨٣ ، محمود ابراهيم اسماعيل ، المرجع والموضع السابقان .

بالتدليس إذا اعترف التاجر كتابة بديون غير حقيقية (م ٣٢٨) ، وتقليد المصنفات العلمية أو الأدبية أو الفنية .

(٤) تعدد وقائع الحياة وتنوعها (١) بسبب اتساع دائرة المعاملات وتطورها وشيوع الكتابة فيها ، مما يغرى بعض الناس بارتكاب التزوير . ونتيجة لهذا التعدد والتنوع يأخذ التزوير مظاهر ويقترن بظروف واعتبارات تفوق الحصر . وذلك كله يوجب على الفقه والقضاء رد هذه الجزئيات إلى نظام كلى ينطبق عليها فيخرج الحكم فى كل الأحوال متناسقاً . غير أن ما يلمسه الباحث هو أن التزوير ليست له نظرية عامة واحدة ، بل نكاد نقول ليست فيه نظرية سائدة ، وإنما فيه جملة نظريات يؤدى الأخذ بواحدة منها إلى نتائج تختلف اختلافاً جوهرياً عما يؤدى اليه الأخذ بسواها . ومن هنا يكون لبعض الظروف وزن فى تقدير نظرية ، ولا يكون لها هذا الوزن فى تقدير أخرى ، وذلك يؤدى بطبيعة الحال إلى اختلاف الحلول تبعاً لاختلاف الظروف .

(٥) يضاف إلى ذلك كله اضطراب بين فى أحكام القضاء يحس به من يطلع على مجموعات الأحكام . وهذه ظاهرة ملموسة فى القضاء المصرى والأجنبى على السواء . ولئن كان اضطراب أحكام القضاء ثمرة طبيعية لكل ما تقدم من أسباب ، فقد أصبح هذا الاضطراب بدوره سبباً من أسباب صعوبة المادة ودقتها ، إذ تجمعت أمام الباحث حصيلة غزيرة من أحكام القضاء تعزز كل رأى وتؤيد كل اتجاه وتزيد هوة الخلاف اتساعاً .

٢ — **مواطن الخلاف فى التزوير** : لا يكاد الباحث فى موضوع التزوير يعثر على منطقة واحدة ينعقد من حولها الإجماع ، ولا يقتصر الخلاف على المسائل التفصيلية والأمور الفرعية ، ولكنه يتعداها إلى أركان

(١) Chauveau et Helie, cit., No. 638; Garraud, cit., n. 1009; Antolisei, cit., p. 448. أحمد أمين — المرجع السابق ص ١٨٣ .

الجريمة ذاتها . بل انه يشمل نقطة البداية التى ينطلق منها البحث الجنائى عادة عند دراسة الجريمة ، ونعنى المصلحة القانونية التى من أجلها جرم الفعل واستحق العقاب .

وإذا كان بعض الفقهاء يرون الاهتمام بتقصى المحل القانونى عبثاً وجهداً عقيماً يصدون أنفسهم عن الخوض فيه (١) ، فان الخلاف بين أنصار فكرة المحل القانونى أنفسهم يبدو على أشده عندما يعرضون لجريمة التزوير . فمنهم من يرى أن التزوير يضم مجموعة من الجرائم لا تربطها وحدة المحل القانونى ، بل تربطها وحدة الوسيلة أو الأسلوب الذى تقع به الجريمة ، أما المصلحة القانونية فانها متغيرة تختلف من حال لأخرى ، وقد تكون هذه المصلحة هى المال أو الحرية أو الحياة أو الشرف الخ (٢) . وهناك من يرى أن المحل القانونى فى التزوير محدد ، وأنه واحد لا يختلف باختلاف الأحوال ، وهو فى ذاته — وليس الوسيلة أو الأسلوب — الذى يربط بين جرائم التزوير ، ويجعل منها نظاماً قانونياً متماسكاً . ولكن أصحاب هذا الرأى يختلفون بعد ذلك حول طبيعة هذا المحل : فمنهم من يعتبره الثقة العامة ، ومنهم من يراه الالتزام بتقرير الحقيقة وتحرى الصدق والأمانة(٣)،

---

(١) Carnelutti, Teoria del falso, 2.

(٢) من هذا الرأى فى ألمانيا Weismann, Oppenheim, Lonig, Bauer, Feurback وفى إيطاليا Delitala .

وكان فورباخ أول من ذهب إلى أن التزوير جريمة « مبهمة » لأنها لاتلحق الضرر دائماً بمال «محدد» ، وإنما تضر بمصالح متعددة ومتنوعة تختلف من حال لأخرى ، ولهذا يجب أن تحتل جريمة التزوير مكانها بين مجموعة الجرائم التى تتفق معها فى ذلك ، وهى الجرائم التى لا تربطها وحدة المصلحة المعتدى عليها بل وحدة الوسيلة أو الأسلوب الذى ترتكب به .

انظر فى عرض هذا الاتجاه : Malinverni, cit. p. 154 e seg.

(٣) انظر فى عرض هذا الرأى ونقده : Mirto : La falsita in atti, p. 34 e segg, Milano. 1955.

ومنهم من يجعله دليل الإثبات (١) . ويمزج فريق ثالث بين أكثر من مصلحة قانونية (٢). ولكنهم بدورهم ينقسمون أقساماً عدة : فبعضهم يعتبر المحل القانونى فى التزوير هو الثقة العامة وحق الملكية ، وبعضهم يجعله الثقة العامة والمصلحة القانونية الأخرى التى يمثلها المحرر أو يحميها . وهناك أخيراً من يربط بين طبيعة المصلحة القانونية وبين نوع المحرر ، فيعتبر الثقة العامة هى المحل القانونى فى تزوير المحررات الرسمية ، ويعتبر حق الملكية هو هذا المحل فى تزوير المحررات العرفية (٣) .

وليس الخلاف حول المصلحة القانونية خلافاً فقهياً مجرداً يدور حول مسألة نظرية ، ولكنه خلاف على جانب كبير من الأهمية ، وهو فى جريمة التزوير أشد خطورة ، لأن القانون لم يعرف التزوير ولم يحدد أركانه ، ولا سبيل إلى استجلاء جوهر التزوير واستخلاص أركانه ما لم يهتد الباحث إلى المصلحة القانونية التى عنى الشارع بحمايتها حين عاقب على التزوير .

وقد ترتب على غموض المحل القانونى أن احتدم الجدل حول أركان التزوير ، فثار التساؤل عما إذا كان التزوير ينتمي إلى جرائم الحدث (النتيجة) أو إلى جرائم السلوك المجرد . وتذهب قلة من الفقهاء هذا المذهب الأخير ، فالضرر عندهم ليس ركناً من أركان الجريمة ولا عنصراً فيها ، وإنما هو شرط للعقاب عليها . غير أن السائد أن التزوير من جرائم الحدث ،

---

(١) من هذا الرأى فى ألمانيا : Maurach, Mezger, Negler, Binding, Schonke وتبعهم فيه من الفقهاء الايطاليين Maggiore, Borettini, Brichetti, Malinverni.

(٢) Carrara, Programma. No:3645, 3512, 3858; Antolisei cit. 457.

(٣) Filangieri, Scienza della legislazione, lib. 3, IV, 109, Nicolini, Della procedura penale nel Regno delle due Sicilie, parte 2, VI, 165; Gabba, Saggio intorno alla dottrina ed alla repressione dei reati contro la fede pubblica, 50, Maino, Commento al codice penale italiano, 11, 98. Malinverni, cit. 175 e segg., Carrara, Programma. cit. No. 3358, 2363.

وإن كان أنصار هذا الرأى يختلفون فيما بينهم حول ما إذا كان هذا الحدث يتمثل فى ضرر أو فى مجرد خطر الضرر . ويعتمد هذا الرأى أو ذاك على طبيعة المصلحة القانونية التى يحميها الشارع بالعقاب على التزوير ، فان كانت هذه المصلحة هى الثقة العامة أو سلامة دليل الإثبات كانت الجريمة من جرائم الضرر ، وإن كانت هى المصلحة التى يمثلها المحرر أو يحميها كانت من جرائم الخطر . وحتى القائلين بلزوم الضرر يختلفون فيما بينهم على دوره فى بناء الجريمة : فبعضهم يعتبر الضرر ركناً قائماً بذاته ، وبعضهم يجعله مجرد عنصر من عناصر الركن المادى ليس له وجود مستقل أو كيان متميز (١) .

وإذا انتقلنا من أركان الجريمة إلى مضمون عناصرها وجدنا الغموض والخلاف يكتنفان كثيراً منها . فما المراد بالمحرر فى باب التزوير ، وما العلاقة بينه وبين فكرة المحرر فى القانون المدنى ؟ هل المحرر — حقيقة — هو كل مكتوب يتضمن علامات ينتقل بها الفكر من شخص إلى آخر لدى النظر إليها كما يجرى على ذلك الفقه فى مصر منذ عهد أحمد أمين ؟ أو أن المحرر — فضلا عن هذا الشكل — يجب أن ينطوى على مضمون ؟ وإذا كان للمحرر مضمون فما هى حقيقة هذا المضمون ؟ كذلك فان التفرقة بين المحررات الرسمية والعرفية تفرقة دار من حولها الجدل ولم ينقطع حتى الآن .

بل إن الفعل المادى فى التزوير — وهو تغيير الحقيقة — لم ينج من الخلاف ، فقد تباينت وجهات النظر حول الحدود الفاصلة بين التغيير المؤثم والتغيير المباح .

---

(١) بل إن هناك من ينتزع الضرر من مجال الركن المادى تماماً ويدخله فى دائرة القصد الجنائى ليجعل منه قصداً خاصاً فى جريمة التزوير ، وسوف نعرض لهذا الرأى عند معالجة موضوع القصد .

وإذا انتهينا بعد ذلك إلى القصد الجنائى عنف الجدل واشتد اللجاج : ذلك أن القصد الجنائى بطبيعته ينعطف على أركان الجريمة كما حددها القانون . فاذا حملنا اليه هذا الركام من المشاكل بدت الأمور شديدة التعقيد . وتزداد الأمور تعقيداً متى لاحظنا أن للقصد الجنائى فى جريمة التزوير فضلا عن ذلك كله مشاكله الخاصة ، سواء ما كان منها متعلقاً بالنظرية العامة للقصد وما كان منها مرتبطاً بالقصد فى جريمة التزوير على وجه الخصوص . فقد شغل الفقه والقضاء بتحديد طبيعة القصد فى التزوير : أهو قصد عام أم قصد خاص ؟ ويسود الاعتقاد بأن القصد فى هذه الجريمة قصد خاص ، ولكن الخلاف يتعاظم عندما يراد بيان ماهية هذا القصد ، فالبعض يراه قصد الإضرار ، والبعض يصوره على أنه قصد الغش ، ويحسبه آخرون قصد الاحتجاج بالمحرر المزور ، ويؤكد غيرهم أنه قصد الاستعمال . وقد بدا للفقه والقضاء حين اهتديا إلى الرأى الأخير أنهما قد وقعا أخيراً على ضالتهما المنشودة ، وآن لهما أن يلقطا أنفاسهما ويستريحا . ولكنا نتساءل : هل القصد الخاص فى التزوير ضربة لازب ؟ وهل لا يتسع الصدر من جديد لمناقشة ذلك الرأى المهجور الذى يكتفى بالقصد العام وحده فى جريمة التزوير ؟

٣ — **جرائم التزوير فى التشريعات المقارنة :** ليس فى وسع الباحث فى التزوير أن يعتمد كثيراً على التشريعات المقارنة ، بل إن الرجوع إلى هذه التشريعات يدعم الاعتقاد بأن التزوير ليست له نظرية عامة شاملة على مستوى الفكر القانونى ، وإنما له نظريات وضعية متعددة تختلف أبعادها من تشريع لآخر . وذلك يفرض على الباحث أن يعتصم باليقظة والحذر حتى لا تستهويه نظرية محكمة البناء دقيقة التركيب فيعتنقها ثم يقحمها على تشريعه دون أن يفطن إلى اختلاف الأسس بين تشريعه وبين التشريع الذى صيغت هذه النظرية فى ظلال أحكامه .

وليس مما يتفق وأهداف هذا البحث أن نقف طويلا أمام التشريعات المختلفة لنبرز كل ما بينها من فروق ، وحسبنا أن نلقى نظرة عابرة على

بعض هذه التشريعات لنرى فى أى موضع عالجت جرائم التزوير . فأما القانون الايطالى والقانون البلجيكى فقدعالجا هذه الجرائم فى باب خاص عنوانه : «الجرائم الماسة بالثقة العامة» ، وقد نحا مشروع قانون العقوبات الأخير عندنا هذا المنحى . أما قوانين الدانمرك وجرينلند وأيسلندا فقد نظمت جرائم التزوير فى باب خصص للجرائم الماسة بأدلة الإثبات . وقريب من هذا مسلك القانون الجنائى لولاية نيويورك ، إذ تناول جرائم التزوير فى الباب المخصص «للجرائم الماسة بسير العدالة » . أما القانون الفرنسى فقد أورد نصوص التزوير فى الباب الخاص « بالجرائم الماسة بالأمن العام ». وأما قانون فنلندا فقد ضم تزوير المحررات إلى جريمة النصب وعالجهما معاً فى باب واحد عنوانه «النصب والتزوير» . أما القانون الألمانى فقد وزع جرائم التزوير فى بابين ، هما الباب الثالث والعشرون والباب الثامن والعشرون وأولهما خاص بتزوير المحررات ، وجمع القانون فيه جرائم التزوير التى تقع من الأفراد سواء كان محلها محررات رسمية أو عرفية ، أما الآخر فانه خاص بالجرائم التى يرتكبها الموظفون أثناء تأدية وظائفهم . وفى هذا الباب أدخل القانون تزوير المحررات الرسمية الذى يقع من الموظفين أثناء قيامهم بأعمال وظائفهم . ومما له دلالته أن الباب الثالث والعشرين من القانون الألمانى يتوسط بابين أحدهما خاص بالنصب وخيانة الأمة ، والآخر خاص بالتفليس . وتقف تشريعات أخرى من التزوير موقفاً لا يفصح مباشرة عن حقيقة نظرتها إليه ، فنراها تضع أحكام التزوير فى باب لا تطلق عليه اسماً يحدد المصلحة القانونية محل الحماية ، وإنما تجعل عنوانه «التزوير» فحسب أو الجرائم الواقعة على المحررات . ومن هذه التشريعات القانون البلغارى والقانون الأسبانى والقانون اليونانى (١) . وينتمى التشريع المصرى القائم إلى هذه الطائفة الأخيرة . على أن إمساك التشريع عن الإفصاح عن المصلحة القانونية ليس من شأنه أن يحول دون استظهارها ؛ فهناك مسالك يمكن اتباعها لتحقيق ذلك وإن كانت محفوفة بالصعاب .

---

(١) يعالج القانون اليونانى تزوير المحررات الرسمية الذى يرتكبه موظف عام فى باب آخر هو الباب الثانى عشر الخاص بالجرائم الواقعة أثناء تأدية الوظيفة .

وإذا كان موضع التزوير من التشريعات الجنائية قلقاً على هذا النحو ، بل على نحو يعز مثيله فى سائر الجرائم ، فلسنا نتوقع بعد ذلك أن تكون أركانه فى مختلف التشريعات متماثلة ، لأن الزاوية التى يطل منها كل تشريع على التزوير تؤثر بغير شك على تحديد أركانه .

٤ — **موضوع البحث وخطته** : : موضوع هذا البحث هو القصد الجنائى فى تزوير المحررات . والمشكلة التى نلقاها فى تحديد هذا القصد ذات شقين : أولهما أن أركان التزوير كما رأينا غير محددة فى القانون ، ولما كان القصد ينسحب على كل أركان الجريمة ، فان دائرته فى التزوير تختلف سعة وضيقاً باختلاف النظرة إلى هذه الأركان . وذلك يملى علينا بادىء ذى بدء أن نحدد أركان التزوير ، والثانى أن نوع القصد فى التزوير مختلف عليه : فهل هو قصد عام أو خاص ، وإذا كان قصداً خاصاً فما هو هذا القصد ؟

وقد يبدو اختيار موضوع البحث على هذا النحو اختياراً غير موفق ، إذ لا يؤمن معه ، بل من المؤكد تماماً ، أن يتصدى الباحث لموضوعات أخرى مازالت الآراء تتجاذبها . والتصدى لهذه الموضوعات فى بحث كهذا يتجافى مع المنهج العلمى السليم . وكان الأمر يستقيم لو أن موضوع البحث كان جريمة التزوير فى جملتها . غير اننا مع ذلك نرى أن إغفال هذه الموضوعات تماماً فى بحثنا ينطوى على قصور يغض من قيمته ، بل إنه بدونها يبدو بناء قائماً فوق الرمال .

لهذا نرى تقسيم البحث قسمين : نحدد فى أولهما أركان التزوير ، ونمهد لذلك باستقصاء المصلحة القانونية التى حرص الشارع على حمايتها ، مع التزام القصد والإيجاز بقدر الإمكان وتجنب الخوض فى التفاصيل ، أما القسم الثانى وهو جوهر البحث فسوف نعرض فيه بالتفصيل لمشاكل القصد العام والخاص فى تزوير المحررات .

الفصل الأول

المحل القانونى واركان التزوير

المبحث الأول

المحل القانونى فى التزوير

٥ - تحديد المحل القانونى فى التزوير يدخل فى نطاق الملاءمات التشريعية :
يعرف المحل القانونى فى الفقه الجنائى بأنه المال القانونى الذى تهدره الجريمة أو تعرضه للخطر ، ومن أجل صيانة هذا المال يتدخل المشرع فيفرض العقاب ، ولذلك يسمى المحل القانونى أيضاً «محل الحماية الجنائية» . ويذهب الفقه - إمعاناً فى التحليل والتأصيل - إلى التفرقة بين المال القانونى والمصلحة القانونية . ويميل الرأى الراجح إلى تعريف المصلحة بأنها تقدير صاحب المال لصلاحية الشىء لإشباع حاجة معينة لديه ، فهى على هذا الأساس الانعكاس الذى يحدثه المال فى نفس صاحبه فيعبر عنه بالاحتفاظ به والحرص عليه (١) . غير أن الرأى السائد ينبذ هذه التفرقة ويراها تفرقة اصطلاحية خالصة ، ويؤثر استعمال كل من المال القانونى والمصلحة القانونية بغير تمييز . وهذا الاتجاه هو ما نميل اليه إيثاراً لليسر وتجنباً للتعقيد ، فضلا عن أن تعبير المصلحة القانونية أكثر ذيوعاً فى الفقه المصرى وليس غريباً عليه غرابة اصطلاح المال القانونى .

وقد رأينا التشريع المقارن - والفقه فى أعقابه - يكاد يدرج كل المصالح القانونية القائمة ، ويعتبرها - كلها أو بعضها - هى المحل القانونى

---

(١) Rocco, L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale, 1913, 267.

رمسيس بهنام - فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية - مجلة الحقوق س ٦ فقرة ١ ، ٢ ص ٤٥ - ٤٩ .

فى التزوير ، وذلك على تفصيل عرضنا بايجاز خطوطه العامة . وليس فى طوق الباحث ولا من حقه أن يعرض للمفاضلة بين مسلك تشريع وغيره ثم يخطىء هذا التشريع أو ذاك ، وإنما عليه أن يتذرع بكل أسباب الحذر ، لأن كل مسلك تشريعى يمكن تبريره اجتماعياً ، فهو من حيث السياسة الجنائية مقبول . وتفسير ذلك أمر يسير ، فالتزوير من حيث الواقع يمكن أن يلحق الضرر أو يهدد بالخطر كل المصالح التى تحدث عنها الفقه وانحاز إليها التشريع ، فهو بطبيعته من الجرائم التى تهدر أو تهدد مصالح قانونية متعددة . وهو من هذه الناحية ليس بدعاً ولا نشازاً فى عالم القانون الجنائى ، فثمة طائفة كبيرة من الجرائم تحمل هذا الطابع . غير أنه لما كانت الجريمة — من حيث الصياغة الفنية — لا يمكن أن توضع إلا فى باب واحد من التشريع ، فان كل مشرع يرى لزاماً عليه أن يقارن بين مختلف المصالح القانونية وأن يغلب فى النهاية إحداها ، ثم يضع التزوير بين مجموعة الجرائم التى تماثله فى النيل من هذه المصلحة (١) . على أن ذلك ليس من شأنه إطلاق حكم قاطع بأن هذه المصلحة هى وحدها التى شملها القانون بحمايته ، وأن ما عداها قد احتجب أو تلاشى فلم يعد يعنى المشرع فى شىء ، وإنما تبقى المصالح الأخرى محل اعتبار ، وان احتلت مكانة من الدرجة الثانية (٢) . ولا يمكن إغفال واحدة من هذه المصالح إلا إذا كان الأخذ

---

(١) يرى كرارا Carrara أن المعيار الذى يحدد جوهر الجريمة لايمكن أن يستمد من عناصر عارضة كالاسم أو ماديات الجريمة أو عقوبتها ، وإنما يستمد فحسب من طبيعة الحق المعتدى عليه ، فان تعددت الحقوق فالعبرة بالحق الغالب من بينها . وطبق كرارا هذا المعيار عندما عالج جريمة التزوير . Carrara, Programma, cit. n. 2365.

(٢) ولهذا السبب يتحفظ بعض الفقهاء ، عند تقدير أهمية المصلحة القانونية التى راعاها المشرع فى تبويب الجرائم ، ويرون أن هذا التبويب محدود الدلالة فى تعيين المصلحة القانونية ، فهو لاينفى وجود مصالح أخرى وضعها المشرع فى اعتباره ، وعلى المفسر ألا يتجاهلها ، لأن لبعضها فى المجال الجنائى وزناً يفوق وزن المصلحة التى اعتد بها المشرع فى التبويب .

Antolisei, IL problema del bene giuridico, in Scritti di dir. penale, p. 118, 119 Milano, 1955.

بها يؤدى إلى نتائج شاذة لاتستقيم مع مقتضى حماية المصلحة الأساسية . ويحدث مثل هذا التعارض فى جريمة التزوير إذا ما أريد الجمع فى ظل تشريع واحد بين المصلحة القانونية التى تتمثل فى أصالة دليل الإثبات وصحته ، والمصلحة التى يمثلها الحق ذاته والذى يعبر المحرر عنه أو يحميه . فالتشريعات التى تضع التزوير بين الجرائم الماسة بسير العدالة أو بدليل الإثبات تسلم بوقوع الجريمة متى كان الدليل زائفاً فى ذاته بغض النظر عن صحة الواقعة موضوع هذا الدليل أو زيفها ، لأن صحة الدليل فى تقدير هذه التشريعات مال قانونى فى حدذاته متميز عن الحق الذى يثبته هذا الدليل أو يحميه . أما التشريعات التى تضع التزوير مع النصب فى باب واحد فانها تنتهى حتما إلى الاعتداد بثبوت الحق أو بعدم ثبوته دون أن تعنى أساساً بصحة الدليل أو زيفه .

٦ ـ المحل القانونى فى التزوير فى التشريع المصرى :

(ا) موقف الفقه والقضاء : يتجلى غموض التشريع المصرى فى أنه لم يغفل تعريف التزوير فحسب ، وانما أغفل أيضاً تحديد المصلحة التى وضعها نصب عينيه عندما عاقب عليه ، إذ اكتفى بوضع جرائم التزوير فى باب أطلق عليه اسم « التزوير » . وبذلك ترك المجال مفتوحاً للاجتهاد واختلاف وجهات النظر .

ولم يعن الفقه المصرى بوجه عام بالتركيز على المحل القانونى فى التزوير وإن تحدثت عنه كتب الفقه عرضاً فى مواضع متفرقة . وليس فيما كتب ما يدل على أن الآراء متفقة على محل معين فى هذا الصدد . فالفقهاء فى مصر يتحدثون عن الثقة العامة ، وعن دليل الاثبات ، وعن المصلحة الخاصة (spécifique) التى ترتبط بالمحرر والتى يضر بها التزوير . ومن العسير علينا أن نرسم صورة دقيقة واضحة المعالم ننسبها إلى الفقه المصرى بوصفها نظريته العامة أو نظريته السائدة ، لأن فكرة المحل القانونى فى ذهنه ليست مختمرة فيما يبدو والاعتقاد بجدواها غير راسخ . ومن الإنصاف أن نعترف

بأن إهمال الفقه المصرى لفكرة المحل القانونى بصفة عامة ، ولهذا المحل فى التزوير بصفة خاصة ، ليس قصوراً عامياً مجمعاً على تخطئته ، فهناك اتجاه فقهى يتزعمه بعض أساتذة القانون الجنائى ينتقد هذا الحرص الشديد على العناية بالمحل القانونى ، ويرى كل جهد يبذل فى هذا السبيل جهداً عقيما لا طائل منه . وحجته أن هذا المحل ، بفرض معرفته ، قد يفسر لنا لماذا عاقب القانون على الفعل بوصفه جريمة ، ولكنه لا يحدد لنا ماهية هذه الجريمة (١) . ولعل الفارق الوحيد بين هذا الاتجاه الفقهى وبين مسالك الفقه فى مصر أن الأول يغفل المحل القانونى عن إيمان علمى بعدم جدواه ، أما إهماله عندنا فهو — فيما نعتقد — إهمال غير متعمد .

ونلاحظ أن فكرة الثقة العامة تكاد تسيطر على الفقه المصرى ، ويشير إليها بعض الشراح عند حديثهم عن التزييف ، وإن كانوا ينزلونها المنزلة الأخيرة بين جملة المصالح التى يحميها القانون (٢) . أما فى التزوير فلا يعنون بها كقاعدة ، وان كانت تبدو واضحة جلية عند معالجتهم التزوير فى المحررات الرسمية . غير أن من الفقهاء من يواجه الثقة العامة صراحة ويجعل لها وزناً كبيراً فيعتبرها محور التزييف والتزوير ، ويطلق على هذه الجرائم اسم الجرائم المخلة بالثقة العامة contre la foi publique (٣).

أما عن علاقة التزوير بفكرة الإثبات فقد انقسم الفقه المصرى قسمين :

---

(١) Carnelutti, Teoria del falso, cit., p. 2.

(٢) أحمد أمين — المرجع السابق ص ١٤٧ ، السعيد مصطفى — جرائم التزوير فى القانون المصرى — ١٩٥١ ص ١١ .

(٣) محمود محمود مصطفى — شرح قانون العقوبات . القسم الخاص ١٩٦٤ ، ص ٧٩ ، أحمد فتحى سرور — الجرائم المضرة بالمصلحة العامة ١٩٦٣ ص ٣٠٤ و ٣٠٦ و ٣٢٢ومابعدها وهو يركز أساساً على الثقة العامة باعتبارها المصلحة المباشرة التى تشملها الحماية الجنائية المقررة فى مواد التزوير ويعلن أن هذه الثقة لاتقتصر على المحررات الرسمية فحسب ، وإنما تشمل المحررات العرفية سواء بسواء .

قسم يرى أنهما لا يرتبطان ارتباط لزوم (١) ، وقسم يرى أن التزوير لا ينفك عن فكرة الاثبات (٢) . على أن أصحاب المذهب الأخير لا يتخذون من فكرة الاثبات بديلا من الثقة العامة ، ولكنهم يلجأون اليها باعتبارها ضابطاً لهذه الثقة ، أو مرادفاً لها أكثر دقة وتحديداً ، أو نتيجة حتمية من نتائجها . وليس هذا الاتجاه فى مصر إلا صدى لنظرية الفقيه الفرنسى «جارو» فى هذا الشأن (٣) .

أما المصلحة الخاصة spécifique التى أنشىء المحرر لحمايتها أو لإثباتها ، فالفقه فى مصر يجمع على التسليم بها من حيث المبدأ ، ويظهر ذلك واضحاً من إدراجه الضرر ركنا فى الجريمة أو عنصراً من عناصرها (٤) . على أن الفقه فى مصر يقصر مجال هذه المصلحة على جرائم التزوير فى المحررات العرفية ، أما المحررات الرسمية فسلكه حيالها يقطع بأنه يعتبر أساس التجريم فى تزويرها ما ينطوى عليه الفعل من إخلال بالثقة العامة فحسب ، ولذلك لا يشترط الضرر الخاص فيما يقع من تزوير فى هذه المحررات .

---

(١) أحمد أمين — المرجع السابق ص ٢٣٣ وما بعدها ، السعيد مصطفى — المرجع السابق ص ١٣٢ ومابعدها ، محمود مصطفى — المرجع السابق ص ١٤٧ ، رؤوف عبيد — جرائم التزييف والتزوير ١٩٥٤ ص ٩٠ وما بعدها .

(٢) عبد المهيمن بكر — شرح قانون العقوبات — القسم الخاص ١٩٦١ ص ١٨٤ ومابعدها ، فتحى سرور — المرجع السابق ص ٣١٦ ومابعدها .

(٣) Garraud, III, No. 1021.

(٤) يعترض بعض الشراح فى مصر على اعتبار الضرر ركناً أو مجرد عنصر فى جريمة التزوير ، ولذلك يغفلونه تماماً عند تحديد أركانها وبيان عناصرها (فتحى سرور — المرجع السابق ص ٣٠٨ ومابعدها) . ولكن الاعتراض فى الواقع يكاد يتجرد من القيمة عملياً لأن صاحبه يسلم بأن الضرر أثر لتغيير الحقيقة فى محرر يحميه القانون ، ومن أجل هذا كان شرط الضرر فى اعتقاده غير منتج ، إذ يمكن الاستغناء عنه بشرط المحرر الذى يجب أن يتوفر فيه مظهر قانونى يولد الثقة حتى يحظى بحماية القانون . فالضرر طبقاً لهذا الرأى وإن كان لايحتل دوراً متميزاً فى هيكل جريمة التزوير إلا أنه مع ذلك لازمة من لوازمها يتضمنه بالضرورة « تغيير الحقيقة فى محرر » . و على الرغم مما يمكن توجيهه إلى هذا الرأى من نقد ، فحسبنا منه هنا أنه لايشذ من حيث الجوهر عن الاجماع المنعقد على لزوم الضرر .

ويفهم الفقه المصلحة الخاصة – فى تزوير المحررات العرفية – بمعناها الواسع ، فلا يقصرها على المصالح المالية فحسب ، بل يجعلها شاملة لكل مصلحة قانونية مرتبطة بالمحرر ، سواء كانت مادية أو أدبية . ولذلك يجرى الفقه عند معالجة الضرر على تقسيمه إلى ضرر مادى وضرر أدبى ويسوى فى الحكم بين النوعين .

أما القضاء المصرى فقد جرت أحكامه باطراد على أن الاخلال بالثقة العامة يكفى وحده فى تزوير المحررات الرسمية ، بغير حاجة إلى وقوع ضرر خاص بفرد من الأفراد أو بالدولة . ومعنى ذلك أن قضاءنا يعتبر الثقة العامة وحدها أساس التجريم بالنسبة للمحررات الرسمية . أما المحررات العرفية فان مسلكه بالنسبة لما يقع فيها من تزوير يدل على أنه يعتبر المصلحة المرتبطة بالمحرر هى أساس التجريم ، ولذلك يصر على ضرورة وقوع أو احتمال وقوع الضرر بها . ومفهوم هذه المصلحة لدى القضاء يطابق مفهومها لدى الفقه ، فهى قد تكون مادية أو أدبية . غير أن أحكام القضاء عندنا تضطرب عندما تتصدى لتحديد صفة هذه المصلحة من حيث علاقتها بالقانون ، فهى تارة تشترط أن تكون المصلحة قانونية ، وتارة أخرى تكتفى بمجرد المصلحة الواقعية (١) . وهذا التردد فى تقديرنا ليس إلا أثراً من آثار فكرة الإثبات لم تستطع محاكمنا بعد أن تبرأ منه .

---

(١) أمثلة من أحكام القضاء تشترط فى المصلحة المعتدى عليها أن تكون مصلحة قانونية : «لاعقاب على التزوير ، لانتفاء الضرر ، إذا كان ماأثبت بالمحرر حاصلا لاثبات التخلص من أمر مسلم بالخلوص منه» نقض ١٩٣٧/٥/١٧ ، مج ق. ق. ١ ص.٣٦٢ قاعدة ١٩٠ ، «إن الاحتجاج بقول بعض علماء القانون بانعدام الضرر فى جريمة تزوير المحرر العرفى متى كان هذا المحرر قد زور بغية الوصول إلى حق ثابت شرعاً ، هذا الاحتجاج لايجدى إلا إذا كان الحق الذى اصطنع المحرر لاثباته ثابتاً بطريق قاطع يوم اصطنع هذا المحرر ولم يكن ثم نزاع بشأنه» نقض ١٩٣٣/٥/٢٣ ، المرجع السابق ، قاعدة ١٨٦ .

أمثلة من أحكام القضاء تكتفى فى وقوع التزوير بالمصلحة الواقعية «إن مجرد اصطناع المتهم سنداً بدين له على آخر يعد تزويراً متى توافرت باقى أركان الجريمة ، ولايغير من ذلك أن يكون الدين الوارد بالسند صحيحاً فى الواقع إذ أن ذلك فيه تغيير للحقيقة من ناحية الطريقة القانونية التى تثبت الحقوق بها» نقض ١٩٤١/٢/٢٤ المرجع السابق ص ٣٦٣ ، قاعدة ١٩٦ ، «إذا زور=

(ب) تحديد المحل القانونى فى التزوير فى التشريع المصرى :

لم يفصح المشرع المصرى عن المصلحة القانونية فى جرائم التزوير ، وإنما سلك مسلك التشريعات التى جمعت هذه الجرائم فى باب واحد أطلقت عليه اسم «التزوير». ومع ذلك فان باستطاعة الباحث أن يستخلص هذه المصلحة عن طريق الاستعانة بدلالة التبويب واستقراء النصوص .

وأول ما يسترعى النظر هو سياق جرائم التزوير فى التشريع المصرى ، فقد وردت هذه الجرائم جميعاً فى باب واحد هو الباب السادس عشر من الكتاب الثانى . وهذا الكتاب بأكمله مخصص للجرائم المضرة بالمصلحة العامة . ووضع التزوير فى هذا الباب يكشف ضمناً عن نظرة المشرع اليه ، فهو يراه فى المقام الأول اعتداء على حق أصيل ثابت للمجتمع مباشرة ، سواء كان محله محرراً رسمياً أو محرراً عرفياً . ولو كانت نظرة الشارع اليه غير ذلك لأدمج بعض أحكامه فى الكتاب الثالث الذى خصصه لجرائم الأشخاص والأموال .

أما ماهية هذا الحق فيمكن الاهتداء إليها باستقراء نصوص الكتاب الثانى ، بما فى ذلك نصوص التزوير . ونلاحظ أولا أن المشرع جمع فى الباب السادس عشر جرائم التزوير التى تقع من موظف عام وتلك التى تقع من غيره ، ولم يسلخ النوع الأول ويضمه إلى جرائم الموظفين كما فعلت بعض التشريعات الأجنبية . وهذا المسلك يدل على أن المصلحة القانونية — أو على الأقل المصلحة الأساسية — فى تزوير كافة المحررات واحدة . كذلك فان التشريع المصرى لم يستحدث باباً للجرائم الماسة بسير العدالة أو بأدلة الإثبات كما فعلت تشريعات أخرى ، وإنما وزع الجرائم التى قد تحدث هذا الأثر على أبواب متفرقة ، فنم مسلكه هذا على أنه لا يرجع

= الدائن سنداً لإثبات الدين الذى له فى ذمة مدينه فانه يكون مرتكباً لجريمة التزوير ، لأنه بفعله هذا انما يخلق لاثبات دينه دليلا لم يكن له وجود ، الأمر الذى يسهل له الوصول إلى حقه ، ويجعل هذا الحق أقل عرضة للمنازعة ، وهذا من شأنه الإضرار بالمدين » نقض ١٩٤١/١١/٢٤ . المرجع السابق ص ٣٦٣ قاعدة ١٩٧ .

العقاب على التزوير بصفة أساسية إلى التغرير بجهاز العدالة أو إلى العبث بأدلة الإثبات .

وإذا استبعدنا هذه المصالح فقد تبقت لدينا الثقة العامة ، وهى فى اعتقادنا المصلحة القانونية التى استهدف الشارع حمايتها بصفة أساسية عندما عاقب على التزوير . والثقة العامة شعور نابع من طبيعة الحياة فى مجتمع ومما جرى عليه العرف . فأفراد المجتمع مضطرون إلى أن يضعوا قدراً من الثقة فى أشياء معينة حتى تنتظم أمورهم وتستقر حياتهم ، ومن أمثلة ذلك النقود والشارات والعلامات والمحررات ، فهى أشياء لا يستطيع الناس أن يتجنبوها فيما ينشأ بينهم من علاقات وإلا تعقدت حياتهم وتجمدت مصالحهم . ولهذا السبب تعتبر الثقة العامة فى نظر القانون مصلحة جديرة بالحماية يعاقب من ينتهكها (١) . ويقوى لدينا الاعتقاد بصحة هذا الاستنتاج متى لاحظنا أن الشارع المصرى قرن التزوير بالتزييف ، فجعل الباب الخامس عشر خاصاً بالتزييف والباب السادس عشر خاصاً بالتزوير . ولا يمكن أن يكون فى تزييف العملة إخلال بسير العدالة ولا عبث بأدلة الإثبات ، وإنما الجامع بين التزييف والتزوير أن كلا منهما اعتداء على ثقة وضعها الكافة فى أمور خارجية معينة ألجأتهم ضرورات الحياة الاجتماعية إلى وضعها فيها .

ولكن هل الثقة العامة وحدها هى ما يحميه القانون بالعقاب على التزوير ؟ ألا يحتمل التشريع المصرى أن نضع بجانبها مصلحة أو مصالح أخرى ؟

جرى الفقه والقضاء فى مصر — كما قدمنا — على أن هناك مصلحة أخرى ينال منها التزوير ، أو أنواع معينة منه ، وهى المصلحة التى ترتبط

---

(١) Carrara, Programma, cit., n. 3356, 3357, Manzini, Trattato di diritto penale, VI, p. 436, 437; Manci, Il concetto di fede pubblica nei reati di falso, in Sc. posit.,1930; Antolisei, cit., p. 452—455.

بالمحرر المزور . ولكن الفقه والقضاء لم يفصحا عن السند القانونى لهذا الرأى ، ونحن لا نشك فى صحة ما ذهبا إليه ، ونحسب أن فى وسعنا تبرير ذلك قانوناً .

وأول ما نلاحظه فى هذا الشأن أن التشريع المصرى مستمد من التشريع الفرنسى ، بل إن نصوص التزوير عندنا تكاد تكون ترجمة كاملة لنصوص التزوير فى التشريع الفرنسى . وهذا التشريع أسبق فى الزمن من تشريعنا بعشرات السنين . وقد استقر الفقه والقضاء فى فرنسا منذ وقت طويل على أن التزوير يلحق الضرر بمصلحة أخرى غير الثقة العامة أو يهدد تلك المصلحة . وهما يعنيان بذلك المصلحة المرتبطة بالمحرر المزور . ويبدو أن التشريع المصرى لم يشأ تقنين ما استقر عليه الفقه والقضاء فى فرنسا ، وآثر أن ينقل النصوص القانونية فى التشريع الفرنسى كما هى ، اعتماداً على أن الآراء والحلول التى رسخت فى فرنسا فى ظل هذه النصوص يمكن التوصل إليها والأخذ بها فى مصر أيضاً . ولم يخب ظن المشرع المصرى ، وإنما صح توقعه ، فقد إطرد الفقه والقضاء فى مصر منذ بدأ العمل بأول تقنين جنائى على الأخذ بما انتهى اليه الأمر فى فرنسا .

ولا شك فى أنه من العسير علينا أن نلتمس لهذا النوع من الضرر سنداً صريحاً من عبارات التشريع ذاته ، بل إن محاولة ذلك ليست الا ضرباً من التعسف والافتعال .

على أنه إذا كان الأمر يبدو عسيراً من هذه الناحية ، فان السياسة التى اتبعها الشارع فى باب التزوير تفضى بطريق منطقى إلى وجوب التسليم بهذا الرأى . فلو كانت الثقة العامة هى وحدها كل ما يحرص الشارع على حمايته ، لكان من مقتضى ذلك أن تكون عقوبة التزوير واحدة فى جميع الأحوال . ولكن الثابت أن عقوبة التزوير تختلف ، لا باختلاف نوع المحرر فحسب ، بل تختلف أيضاً فى نطاق كل نوع . وإذا ساغ تبرير اختلاف العقوبة بين تزوير المحررات الرسمية والمحررات العرفية بدعوى أن الثقة العامة فى الأولى أكبر منها فى الثانية ، فان تبرير هذا

الاختلاف فى نطاق كل نوع يبدو عسيراً إذا التزمنا ضابط الثقة العامة وحده . فالمادة ٢١١ من قانون العقوبات تنص على عقاب الموظف العمومى بالأشغال الشاقة المؤقتة أو بالسجن إذا ارتكب أثناء تأدية وظيفته تزويراً فى محرر رسمى ، ومع ذلك فان المادة ٢٢٠ من هذا القانون تعاقب الموظف العمومى بالحبس مدة لا تزيد على سنتين إذا أعطى تذكرة سفر أو تذكرة مرور باسم مزور مع علمه بذلك . كما أن المادة ٢١٢ تعاقب غير الموظف بالأشغال الشاقة المؤقتة أو بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات إذا ارتكب تزويراً فى محرر رسمى (١) ، ومع ذلك فان المادة ٢١٦ تعاقب من تسمى فى تذكرة سفر أو فى تذكرة مرور باسم غير اسمه الحقيقى بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بغرامة لا تزيد على عشرين جنيهاً ، كما أن المادة ٢١٧ تعاقب من صنع تذكرة مرور أو تذكرة سفر أو زور فى ورقة من هذا القبيل كانت صحيحة فى الأصل بالحبس أو بغرامة لا تزيد على عشرين جنيهاً .

فعلى الرغم من أن المحررات التى عنتها المواد المتقدمة هى محررات رسمية بلا خلاف ، وأنها — بهذه المثابة — تحظى لدى المجتمع بدرجة كبيرة من الثقة لا تقل عما تحظى به سائر المحررات الرسمية ، فقد جعل القانون تزويرها صورة مخففة ، وقرر لها عقوبة تلوح هينة إذا ما قورنت بالعقوبة التى كانت خليقة بأن توقع على المزور بحسب الأصل .

ومن جهة أخرى فان المادة ٢١٥ من قانون العقوبات تنص على عقاب من يرتكب تزويراً فى محرر عرفى بالحبس مع الشغل ، ومع ذلك فقد استحدث المشرع فى سنة ١٩٦٢ مادة جديدة هى المادة ٢١٤ مكرراً ، عاقب فيها بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنين كل من زور فى محرر لإحدى الشركات المساهمة أو لإحدى الجمعيات التعاونية أو النقابات المنشأة طبقاً للقانون أو لإحدى المؤسسات أو الجمعيات المعتبرة قانوناً ذات نفع عام ، ورفع

---

(١) كذلك فان المادة ٢٠٦ تعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة أو بالسجن من زور قانوناً أو قراراً جمهورياً أو سنداً صادرا من خزينة الحكومة أو فروعها .

عقوبة السجن إلى عشر سنين إذا وقع التزوير فى محرر لشركة أو جمعية أو مؤسسة أو منظمة أو منشأة تسهم الدولة أو إحدى الهيئات العامة فى مالها بنصيب ما بأية صفة كانت . وهذه المحررات بدورها عرفية ، إذ هى لا تصدر عن موظف عام مختص ، وإنما يصدرها أصحاب الشأن من الأفراد . ومن هنا فان قدر الثقة الذى تحظى به لدى الكافة لا يمكن أن يرقى بحال إلى مستوى الثقة التى يضعها المجتمع فى المحررات الرسمية . ومع ذلك فقد شدد القانون عقوبة التزوير فيها على النحو المتقدم .

فعلام يدل هذا كله ؟ محررات رسمية يعاقب على التزوير فيها بعقوبة الجنحة ، ومحررات عرفية يعاقب على التزوير فيها بعقوبة الجناية ، أليس ذلك دليلا على أن المشرع يعتد – إلى جانب الثقة العامة – بالمصلحة التى يمثلها المحرر أو يحميها ، وأنه بسبب هذه المصلحة يخفف عقوبة التزوير فى بعض المحررات الرسمية ويشدد هذه العقوبة بالنسبة لبعض المحررات العرفية ؟ لا مفر من التسليم بهذه النتيجة والا كان التباين فى عقوبة التزوير تحكماً تشريعياً يمليه الهوى ولا يعتمد على أساس منطقى سليم .

ونخلص من كل ما تقدم إلى أن التزوير من الجرائم التى تمس بأكثر من مصلحة قانونية . وأول مصلحة يمس بها التزوير هى الثقة العامة سواء وقع التزوير فى محرر رسمى أو عرفى ، أما المصلحة الأخرى فانها تختلف من حال لأخرى ، وهى ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمحرر الذى وقع فيه التزوير ، سواء كان محرراً رسمياً أو عرفياً .

المبحث الثانى

أركان التزوير

٧ – **تعريف التزوير وبيان عناصره :** يجرى الفقه والقضاء فى مصر وفرنسا على تعريف التزوير بأنه « تغيير الحقيقة فى محرر باحدى الطرق المبينة فى القانون تغييراً من شأنه إحداث الضرر » . ومن هذا التعريف يمكن

القول بأن عناصر (١) التزوير هى : تغيير الحقيقة ، والمحرر ، والطريقة ، والضرر ، ثم القصد الجنائى . ولما كان القانون لم يشتمل على تعريف محدد للتزوير ، فان التعريف المتقدم لا يرتكز بأكمله على عبارة القانون ، وإنما هو — فى جانب كبير منه — اجتهاد فقهى لا يمكن قبوله بصورته هذه ، ولا تحديد مفهوم كل عنصر من عناصره إلا على ضوء المصالح القانونية التى توخى الشارع حمايتها حين عاقب على التزوير . وبهذا المنطق نفسه سنتناول فى عجالة عناصر التزوير كلا على حدة — فيما عدا القصد الجنائى بطبيعة الحال — وبالقدر الذى يخدم أغراض هذا البحث .

٨ — **أولا : تغيير الحقيقة** : التزوير لغة هو تحسين الكذب وتزيينه فهو فى جوهره تغيير للحقيقة . ويقصد بالتغيير ابتداع حقيقة مناقضة للواقع فى أساسها ، أو تحريف حقيقة قائمة بتغيير بعض جوانبها أو شىء من تفاصيلها . ولا يعد من هذا القبيل ما يدخل على الحقيقة من زيادة أو ما يطرأ عليها من نقصان إذا لم يكن من شأن ذلك إبدالها بغيرها . فالموثق لا يعتبر مزوراً إذا أضاف إلى المحرر عبارة تزيد المعنى الذى أراده المتعاقدان وضوحاً ، أو إذا حذف منه عبارة مكررة أو لفظاً زائداً . ذلك لأنه ليس كل تغيير مادى أو معنوى فى كتابة المحرر يعد بالضرورة تغييراً للحقيقة التى حرص القانون على حمايتها من العبث ، وانما التغيير المحظور هو وحده الذى يترك الحقيقة فى جوهرها مختلفة عما كانت عليه .

وقد يكون تغيير الحقيقة دقيقاً متقناً ، وقد يكون ظاهراً مفضوحاً ، وهو فى الحالين تغيير للحقيقة بالمعنى العام . غير أنه فى الحالة الثانية ، وباتفاق

---

(١) نقول «عناصره» لا «أركانه» ، لأن الفقه مختلف حول تحديد هذه الأركان على الرغم من اتفاقه أو اتفاق الأغلبية الساحقة منه على عناصر التزوير . فالرأى السائد فقها يدخل الضرر ضمن مكونات جريمة التزوير ، وإنما يثور الخلاف حول ما إذا كان هذا الضرر عنصراً فى الركن المادى أو ركناً قائماً بذاته ومستقلا عنه . والخلاف على هذه الصورة لا يعنينا فى هذا المجال كثيراً لأنه خلاف شكلى .

الفقه والقضاء ، لا يعتبر تزويراً ، لأن التزوير يعنى الخداع ، فهو إيهام الغير بما ليس حقاً . وإذا لم يكن التزوير على درجة من الإتقان والحبكة تكفى لخداع بعض الناس ، فانه لا يكون «تزويراً» بالمعنى المقصود فى قانون العقوبات (١) . وهذه النتيجة ليست إلا أثراً من آثار الثقة العامة ، لأن التزوير المفضوح لا يثمر محرراً يحظى بثقة الكافة .

وقد يكون تغيير الحقيقة متقناً يخفى على الكافة ، ومع ذلك لا يعد تزويراً . فالصورية تنطوى على تغيير الحقيقة باتفاق المتعاقدين للإيهام بوجود عقد لا وجود له ، أو لإخفاء طبيعة العقد المتفق عليه ، أو بعض الشروط المنصوص عليها فيه ، ولكنها فى اعتقادنا لا تعتبر تزويراً ولو كان من شأنها إلحاق الضرر بالغير . وقد تباينت فى هذا الأمر آراء الفقهاء . ويذهب جانب من الفقه فى مصر إلى وجوب التفرقة بين الصورية المصاحبة لإنشاء المحرر والصورية اللاحقة على إنشائه ، وإلى نفى صفة التزوير عن الأولى وخلعها على الثانية (٢) . ولدينا أن هذه التفرقة تحكم خالص يعوزه المنطق والسند القانونى (٣) . فمن المسلم به أن النظام القانونى بناء متكامل ووحدة متماسكة ، فاذا أقر فرع من فروع القانون سلوكاً معيناً فان القانون الجنائى لا يناله بالتأثيم ، إذ يستحيل أن يكون السلوك الواحد مشروعاً ومحظوراً فى وقت واحد . والصورية من النظم التى تعرض لها القانون المدنى فلم يصدر عليها حكماً بعدم المشروعية ، بل نظم أحكامها ، ورتب عليها فى بعض الحالات آثارها القانونية باعتبارها تصرفاً قانونياً صحيحاً .

---

(١) نقض ١٩٣٣/١١/١٣ مج ق. ق. ج ١ ص ٣٤١ قاعدة ٤٠ .

(٢) السعيد مصطفى ص ٩٢ ، على راشد ص ٢٤٨ ، رؤوف عبيد ص ٦٣ ، فتحى سرور ص ٣٧٧ .

(٣) راجع عبد المهيمن بكر ص ١٧٦ حاشية ١ ، وهو ينعى على التفرقة بين حالتى الصورية أنها غير قانونية ، ويرى وجوب المساواة بينهما فى الحكم والوقوف فى الادانة أو البراءة عند تعلق التغيير بحقوق الغير أو بخالص حقوق الأطراف ، وذلك لأن الأصل أن حق الغير لاينشأ من ذات الورقة وإنما من حقيقة الاتفاق . فعدم مطابقة الورقة من البداية للحقيقة ينال من حق الغير ، كما ينال منه التغيير فى ورقة كانت مطابقة للحقيقة ثم غير الأطراف فيها .

ولا يثور الخلاف فى القانون المدنى حول مشروعية التصرف الصورى أو عدم مشروعيته – على الرغم من أنه مخالف للحقيقة – ، وإنما ينحصر كل الخلاف حول نفاذ هذا التصرف أو عدم نفاذه . وقد واجه القانون المدنى هذه المشكلة ، فوضع العقد الصورى والعقد الحقيقى فى كفتى ميزان ، ورجح كفة الأول فى حالات وكفة الثانى فى حالات أخرى ، وسجل ما استقر عليه فى المادتين ٢٤٤ و ٢٤٥ (١) .

وسواء رجحت كفة العقد الصورى عند التنفيذ أو شالت ، فالأمر الذى لا شك فيه أن العقد الصورى تصرف قانونى صحيح ، وفى هذا ما يكفى لكى تنحسر عنه نصوص التزوير فى قانون العقوبات ، لأن من يبرم تصرفاً صورياً إنما يمارس عملا مشروعاً ، أقر به القانون المدنى . ولا يمكن أن يضفى قانون العقوبات على هذا العمل صفة عدم المشروعية ، ولو لحق الغير من ذلك ضرر ، بل ولو اتجهت نية العاقدين إلى ذلك مادام العقد يعتبر صحيحاً فى نظر القانون المدنى .

٩ – **ثانيا : المحرر** : لا يعاقب القانون على الفعل بوصفه تزويراً لمجرد أنه ينطوى على تغيير فى الحقيقة ، وإنما يكون الفعل تزويراً حين يقع هذا التغيير فى محرر أو بمحرر . وليس فى القانون تعريف للمحرر ، والخلاف قائم فى الفقه والقضاء حول تحديد فكرته . ويرجع جانب كبير من مشاكل التزوير إلى هذا الخلاف . ويعرف المحرر فى الفقه المصرى بأنه كل مسطور يتضمن علامات ينتقل بها الفكر من شخص إلى آخر لدى النظر اليها (٢) . وهذا التعريف لغوى خالص لا يستقيم عند إعمال

---

(١) تنص المادة ٢٤٤ من القانون المدنى على أنه : ١ – إذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا حسنى النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصورى ، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم . ٢ – وإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين .

وتنص المادة ٢٤٥ على أنه إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى .

(٢) أحمد أمين ص ١٨٧ ، السعيد مصطفى ص ٩٤ ، محمود مصطفى ص ١٣١ .

أحكام التزوير ، لأنه يقف عند شكل المحرر ولا يحاول النفاذ إلى جوهره ولبه ، وهو من أجل هذا تعريف غير مانع يدخل فى زمرة المحررات ماليس منها فى تطبيق أحكام التزوير . ولو سلمنا به لكانت الأعمال الأدبية والعلمية والوثائق الأثرية محررات يمكن أن تكون محلا للتزوير ، وهذا ما لا يقره أحد . وقد حاول بعض الفقهاء فى مصر أن يتخطوا هذا الحاجز الشكلى وأن ينفذوا إلى مضمون المحرر ، فاعتنقوا نظرية «جارو» واشترطوا فى المحرر — فضلا عن مظهره الشكلى — أن يكون صالحاً لإثبات حق أو واقعة ذات أثر قانونى ، وأن يقع التزوير فى بيان من بياناته الجوهرية (١) . وفضل هذا الرأى فى إضفاء مضمون على المحرر لا يجحد ولكنا مع ذلك لا نرحب باتباعه . فالربط بين المحرر ودليل الإثبات عديم الجدوى من جهة ، ويزيد الأمور تعقيداً من جهة أخرى . أما أنه عديم الجدوى فلأن الدليل ليس غاية فى ذاته ولكنه وسيلة لإثبات حق أو نقله أو تعديله أو انقضائه . ولسنا نجد ما يدعونا إلى الأخذ بفكرة الدليل — ونحن فى معرض تعريف المحرر — دون الأخذ مباشرة بفكرة الحق الذى يثبته . وأما ما ينطوى عليه هذا التعريف من تعقيد فيبدو واضحاً عندما يراد تحديد معنى صلاحية المحرر للاثبات . فقد قيل إن الأمر لا يقتضى أن يكون المحرر دليلا كاملا أو ناقصاً طبقاً لأحكام القانون المدنى ، وإنما يكفى أن يولد عند من يقدم له عقيدة مخالفة للحقيقة (٢) . وانتقد هذا القول بحق بأنه يخرجنا من مجهول إلى مجهول ، فبعد أن كنا نسائل أنفسنا متى يكون التزوير فى المحررات معاقباً عليه ، أصبحنا وقد عرضت لنا مشكلة أخرى ، وهى متى يكون للمحرر من قوة الاثبات (فى نظر جارو) ما يجعله صالحاً لأن يتخذ أساساً لرفع دعوى أو للمطالبة بحق (٣) .

---

(١) عبد المهيمن بكر ص ١٨٠ ومابعدها ، فتحى سرور ص ٣١٦ ومابعدها .

(٢) Garraud, IV, 1363. ، عبد المهيمن بكر ص ١٨٤ ، وانظر نقض مصرى ١٩٤٤/٤/١٠ مجموعة القواعد القانونية جـ ١ ص ٢٣٧ قاعدة ١٩ .

(٣) أحمد أمين ص ٢٣٦ و ٢٣٧ .

وأفضل تعريف للمحرر فى رأينا هو أنه كل مكتوب يفصح عن شخص من أصدره ، ويتضمن سرداً لواقعة أو تعبيراً عن إرادة يترتب عليها إنشاء مركز قانونى أو تعديله أو نقله أو انقضاؤه ، سواء أعد المحرر لذلك ابتداء أو ترتب عليه هذا الأثر لسبب آخر . وقد يقع التزوير فى شكل المحرر باسناده إلى غير مصدره ، أو فى مضمونه بتغيير بعض ما اشتمل عليه .

١٠ — **ثالثا : طريقة التزوير** : يرى الفقه أنه لا يكفى لاعتبار المحرر مزوراً أن تكون الحقيقة المثبتة فيه قد غيرت بطريقة ما . وإنما يجب أن يكون التغيير قد حصل بطريقة من الطرق المبينة فى المادتين ٢١١ و ٢١٣ من قانون العقوبات . ويعلل الفقهاء ذلك بحرص المشرع على حصر الدائرة التى يعتبر فيها تغيير الحقيقة تزويراً معاقباً عليه ، لأنه بغير ذلك يصح أن يعد كل كذب فى محرر تزويراً ، وليس هذا ما أراده الشارع (١) .

والذى نراه أن هذا الشرط غير لازم ، ولذلك فنحن لا نعتبره ركنا من أركان التزوير ولا عنصراً أساسياً فيه ، ونستند فى ذلك إلى أسباب ثلاثة :

(١) أن الفقه أضاف التقليد والاصطناع إلى طرق التزوير ، بالرغم من أن أيا منهما لم يرد فى المادتين ٢١١ و ٢١٣ اللتين بينتا طرق التزوير ، وإنما استعارهما الفقه من المواد ٢٠٦ و ٢٠٨ و ٢١٧ و ٢٢١ ثم عممهما على كل أنواع التزوير فى المحررات . ولسنا نعتقد أن الفقه قد تجاوز حدود التفسير عندما أضاف التقليد والاصطناع إلى طرق التزوير ، فعبارة القانون لا تدل صياغتها على أنها أوردت هذه الطرق على سبيل الحصر ، إذ تعاقب المادة ٢١١ كل موظف ارتكب تزويراً فى أوراق رسمية « سواء كان ذلك بوضع إمضاءات أو أختام مزورة أو بتغيير المحررات أو الأختام أو الإمضاءات أو بزيادة كلمات .. الخ » . كذلك فان صياغة المادة ٢١٣

(١) أحمد أمين ص ١٩٠ ، محمود ابراهيم اسماعيل ص ٢٤٤ .

تتبع نفس الأسلوب . وهذه الصياغة بمفاهيم اللغة لا تعني سوى التسوية بين مختلف الطرق التي أشارت اليها ، ولكنها لا توجب وقوع التزوير باحداها . ولذلك فنحن نفهم كلا من المادتين على أنها تعاقب على التزوير سواء ارتكب بهذه الطريقة أو بتلك . ولو سلمنا بغير ذلك لكان موقف الفقه بالغ الحرج ، فكيف يتسنى له القول بورود طرق التزوير على سبيل الحصر ثم يسمح لنفسه بعد ذلك أن يقحم عليها طرقاً أخرى لم ترد في المادتين ٢١١ و ٢١٣ ؟.

(٢) أنه بعد إضافة التقليد والاصطناع لم تعد ثمة وسيلة أخرى يمكن أن يقع بها التزوير ، فطرق التزوير التي أحصاها الفقه تستغرق تماماً كل احتمالات التزوير ، ومن ثم فقد أصبح التشبث بوجهة النظر التقليدية عديم الجدوى .

وقد يعترض على ذلك بأن تغيير الحقيقة يصح أن يقع بالاتلاف (١) أو بالإخفاء ، وأنه لا عاصم من اعتبار الفعل في الحالين تزويراً إلا إذا سلمنا بورود طرق التزوير على سبيل الحصر . ولسنا نرى مبرراً لهذه الخشية ، لأن التزوير يفترض وجود حقيقتين : إحداهما أصيلة والأخرى زائفة ، وهذه الأخيرة هي التي يجب أن يشتمل عليها المحرر ، أما الحقيقة الأصيلة فيستوى أن تكون ثابتة في محرر ثم يدركها التغيير ، أو أن تكون غير ثابتة فيه أصلا ثم يقدر لها أن تستقر في محرر على يد مزور فيجرى عليها ما شاء من تغيير . وإذا أتلف المحرر أو أخفي فليس في الأمر تزوير ، لأن المحرر في هذه الحالة يكون متجرداً من القدرة على الإبانة والتعبير .

وهذه النتيجة فرع من المصلحة القانونية في التزوير ، فالثقة العامة تهتز حين يبرز إلى الوجود محرر يضم حقيقة زائفة يخدع الناس بمظهرها ،

(١) نعني بهذا النوع من الإتلاف إعدام المحرر كله أو إتلاف جزء أساسي منه يحول دون الاستفادة بباقيه . أما إتلاف جزء منه بالقطع أو بالتمزيق فانه يصح أن يكون تزويراً إذا كان ما بقي من المحرر يسمح بالاستفادة منه وتوفرت بجانب ذلك سائر عناصر التزوير .

ولكنها لا تهتز على هذا النحو حين يتلف الشخص محرراً صحيحاً أو يخفيه ، لأن الحقيقة التي يشتمل عليها المحرر ستحتجب ، أما الحقيقة التي ستحل محلها فلن تنال من الثقة العامة شيئاً ، لأنها لا تستند إلى محرر يحوز الثقة ، وانما هي تستمد قوتها من عدم وجود محرر يثبت عكسها ، أو هي بعبارة أخرى حقيقة أساسها الاستصحاب وليس المحرر .

(٣) وأخيراً فثمة طريقة أدرجها الفقه في عداد طرق التزوير وهي وحدها تستوعب كل ما عداها وتغني عنها جميعاً ، ويستحيل معها القول بورود تلك الطرق على سبيل الحصر . فقد نصت المادة ٢١٣ على عقاب كل من «غير بقصد التزوير موضوع السندات أو أحوالها في حال تحريرها المختص بوظيفته ... بجعله واقعة مزورة في صورة واقعة صحيحة .. » ، وهذه الصورة في حقيقتها ليست طريقة من طرق التزوير ، وإنما هي التزوير ذاته . فهل التزوير بوجه عام إلا جعل واقعة مزورة في صورة واقعة صحيحة ؟ وهل لا تغني هذه الطريقة وحدها عن التقليد والاصطناع وسائر الطرق الأخرى ؟ (١) .

١١ — **رابعا : الضرر** : ليس في نصوص التزوير ما يفيد صراحة

(١) ويدعم هذا الرأي أن الفقه والقضاء في مصر متفقان على وقوع التزوير ولو كان الإمضاء أو الختم صحيحاً متى كان الجاني قد حصل عليه بطريق المباغتة ، كما لو دس المحرر على من نسب اليه فوقع عليه أو ختمه جاهلا بحقيقته . ويرى الفقه والقضاء أن التزوير يرتكب في هذه الحالة بوضع إمضاءات أو أختام مزورة (راجع : السعيد مصطفى ص ١٠٢ ، محمود مصطفى ص ١٣٥ و ١٣٦ ، عبد المهيمن بكر ص ١٩٥ ، رمسيس بهنام ص ١٠٢ ، فتحي سرور ص ٣٤٨ و٣٤٩ ، وانظر نقض ١٩٢٩/٥/٩ مجموعة القواعد جـ ١ ص ٢٩٥ قاعدة ٢٥١ و١٩٤٥/١/١ مجموعة القواعد جـ ٦ ص ص ٥٧٩ قاعدة ٤٤٥) . وغني عن البيان أن اعتبار التوقيع أو الختم في هذه الحالة مزوراً فيه افتئات على الواقع إذ أن كليهما صحيح ، ومن ناحية أخرى ، فان هذا التفسير الواسع لا يلتئم مع الزعم بورود طرق التفسير على سبيل الحصر . ولدينا أن الواقعة في هذه الحالة ليست إلا تزويراً بجعل واقعة مزورة في صورة واقعة صحيحة ، لأن وضع الإمضاء أو الختم على محرر يفيد انصراف نية صاحبه إلى نسبة المحرر إلى نفسه ، والحصول على أحدهما بطريق المباغتة ينفي قيام هذه النية وينطوي على جعل واقعة مزورة في صورة واقعة صحيحة .

لزوم الضرر ، ولكنه مع ذلك عنصر يرتبط بالتزوير منذ القدم ، فقد كان الرومان لا يتصورون تزويراً بغير ضرر ، وكان هذا المبدأ راسخاً لديهم عبروا عنه بقولهم falsitas quae nemini nocet non punitur (١) وتأكد هذا المبدأ فى فقه القرون الوسطى ، باعتباره يضع حدوداً عادلة ومعقولة لفكرة التزوير حتى لا يشمل العقاب أفعالا لا وجه للعقاب عليها (٢).

غير أن بعض الفقهاء المحدثين يعترضون على هذا الرأى ، ويشككون فى صحة النظر إلى الضرر بوصفه حدثاً طبيعياً يدخل فى نطاق الركن المادى لجريمة التزوير ، ويرون وجوب النظر اليه من ناحية شخصية بحتة ، أساسها ما كان قائماً بذهن الجانى وقت تغيير الحقيقة . ولذلك يكفى لوقوع الجريمة عندهم أن يكون الضرر مقصوداً من جانب الجانى ، ولا عبرة بما يظهر بعد ذلك من إمكان تحقق الضرر أو استحالته . فالضرر عندهم عنصر فى القصد الجنائى لا فى الركن المادى (٣) . ولكن الرأى السائد فقها وقضاء هو لزوم الضرر فى التزوير ، وإن كان الخلاف ينحصر — كما قدمنا — فى تحديد دوره : هل هو ركن مستقل أو مجرد عنصر فى الركن المادى .

ويقصد بالضرر كل اعتداء على حق أو مصلحة يحميها القانون ، سواء

---

(١) لم تكن فكرة الثقة العامة بمعناها الحالى معلومة لدى الرومان ، وكان الضرر الوحيد الذى تمثلوه هو مايلحق بالمصلحة التى ترتبط بالحرر .

(٢) راجع Mirto, La falsita in atti, Milano 1955, pp. 4 — 33.

(٣) Donnedieu de Vabres, Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé. Chroniques de jurisprupance, lére Année (1936) et 3 éme Année (1938).

ويقرر جودبى فى تعليقه على قانون العقوبات المصرى أن القانون الإنجليزى والتشريعات المشتقة منه تكتفى بقصد الإضرار دون اشتراط حصول الضرر أو احتماله .

Commentary on Egyptian Criminal Law, II, p. 577.

ويتشكك جودبى فيما إذا كانت هناك ضرورة تبرر اشتراط حلول الضرر أو احتماله فى التشريع المصرى (والفرنسى) ، مادام القانون لم ينص على ذلك صراحة . (المرجع السابق ص ٥٧٢).

كان هذا الاعتداء جسيما أو غير جسيم . فاذا لم يكن ما وقع المساس به حقاً أو مصلحة مشروعة فلا ضرر من ذلك فى نظر القانون ، وإن قام الضرر فى نظر من حلت به الخسارة أو فاته الكسب . ولذلك فانه إذا زور شخص فى محرر ثم وقع هذا المحرر فى يد المفترى عليه فطمس البيانات المزورة أو محاها أو صححها ، ففعله لا يعد تزويراً على الرغم من أنه تغيير الحقيقة فى أحد المحررات . ويرجع عدم العقاب فى هذه الحالة إلى انتفاء الضرر ، وليس لمن زور السند أولا أن يزعم بأن فعل الآخر قد ألحق به ضرراً إذ فوت عليه فرصة استعمال محرر متقن التزوير ، لأن هذه المصلحة غير مشروعة فى نظر القانون . وتطبيقاً لذلك قضى بأنه لا عقاب على التزوير لانتفاء الضرر إذا كان ما أثبت بالمحرر حاصلا لإثبات التخلص من أمر مسلم بالخلوص منه (١) ، وأنه إذا حرر الزوج عقد بيع لزوجته يوم زواجه ليكون تأميناً للمهر الذى تحرر به سند على حدة ، ثم دفع المهر وأخذ عنه مخالصة ، ولكن الزوجة لم تقبل بيع الأطيان اليه ثانية ، فحرر عقد بيع منها إليه ، فلا يكون مرتكباً لجريمة التزوير قانوناً ، لأنه لم يفعل سوى تقرير حقيقة واقعة ثبتت للمحكمة صحتها ولم ينتج عن فعله ضرر أو احتمال حصوله (٢).

وينقسم الضرر من حيث طبيعته إلى ضرر مادى ، وهو ما يصيب الإنسان فى ماله ، وإلى ضرر أدبى ، وهو ما يصيبه فى شرفه أو فى اعتباره أو فى حق آخر من حقوقه غير المالية . ولا فرق بين النوعين فى باب التزوير ، إذ يكفى مطلق الضرر بغض النظر عن نوعه . كذلك يقسم الفقه الضرر من حيث وقت وقوعه إلى ضرر حال وضرر محتمل ، ويسوى بين النوعين فى باب التزوير . والراجح لدينا أن الضرر فى التزوير محتمل فى جميع

---

(١) نقض ١٩٣٣/٥/٢٢ مج. ق. ق. جـ ١ ص ٣٦٢ قاعدة ١٨٦ .

(٢) نقض ١٩٢٢/١٢/٤ جندى عبد الملك – الموسوعة – جـ ٢ رقم ٢٢٢ ص ٤٣٢ ، ويتفق هذا القضاء مع مايراه جارو – جـ ٣ فقرة ١٠٥٣ ، وشوفو وهيلى جـ ٢ فقرة ٦٨٠ .

الحالات ، لأنه لا يترتب على فعل التزوير ذاته ، وإنما يترتب على استعمال المحرر المزور .

ويذهب الفقه والقضاء إلى وجوب تحرى الضرر إذا كان التزوير واقعاً فى محرر عرفى فحسب ، أما التزوير فى المحررات الرسمية فالعقاب عليه واجب بغير حاجة إلى إثبات وقوع ضرر خاص Spécifique ، على أساس أن مجرد تغيير الحقيقة فى هذه المحررات يترتب عليه حتما حلول الضرر أو احتمال حلوله ، لأن العبث بالأوراق الرسمية يهدم الثقة بها ويفقدها قيمتها .

وإذا كان مسلك الفقه والقضاء سليما فى اشتراط حلول الضرر أو احتماله بالنسبة لما يقع فى المحررات العرفية من تزوير ، فان مسلكهما بالنسبة للمحررات الرسمية منتقد ، لأن الضرر فى تزوير هذه المحررات عنصر أصيل لا يختلف فى ضرورته ولا فى طبيعته عن الضرر فى تزوير المحررات العرفية . ولم تكن ثمة حاجة للحديث عن الضرر الذى ينال الثقة العامة ، فهذا الضرر من لوازم الجريمة بحسب نموذجها الذى حددناه ، ولكنه ليس ركناً من أركانها ولا عنصراً فيها ، وإنما هو يترتب عليها بالضرورة نتيجة لتغيير الحقيقة فى محرر أو بمحرر له خصائص معينة . ومثل هذا الضرر ليس وقفاً على تزوير المحررات الرسمية ولكنه موجود كذلك فى كل تزوير يقع على محرر عرفى .

أما الضرر الذى غفل الفقه والقضاء عن تحريه فى تزوير المحررات الرسمية فهو الضرر الخاص أو النوعى الذى يترتب على استعمال المحرر والذى يختلف من حالة لأخرى . وهذا الضرر لازم فى تزوير المحررات الرسمية لزومه فى تزوير المحررات العرفية سواء بسواء ، فقد رأينا عقوبة التزوير فى المحررات الرسمية تتفاوت تفاوتاً بيناً باختلاف نوع المحرر الرسمى حتى إنها لتتراوح بين الأشغال الشاقة والحبس . وهذا التفاوت فى العقوبة مع وحدة نوع المحرر دليل على أن القانون لا يعتد بفكرة الثقة العامة وحدها ، بل يعتد كذلك بطبيعة المصلحة التى ترتبط بالمحرر .

وقد وقع القضاء بسبب إصراره على الرأى المنتقد فى حرج فى بعض الحالات ، إذ عرضت عليه وقائع تضمنت تغييراً للحقيقة فى بعض المحررات الرسمية ، ولكنها خلت – رغم ذلك – من الضرر بالمعنى الذى نقصده فلم يسع القضاء أن يحكم بالإدانة ، واحتال لذلك فعمد إلى نفى بعض أركان الجريمة الأخرى ليبرر قضاءه بالبراءة . وفعل الفقه ما فعل القضاء فى حالات مماثلة . غير أن وجه الافتعال فى ذلك كله واضح ، وهو افتعال لا يصمد أمام النظرة الناقدة ، ولو بنى الحكم على انتفاء الضرر لكان ذلك أدق وأصح قانوناً . ولنا عودة إلى هذا الموضوع عند دراسة القصد الجنائى .

الفصل الثانى

القصد الجنائى

المبحث الأول

القصد العام

١٢ — **تمهيد** : التزوير جريمة عمدية لا يغنى فى وقوعها الإهمال ولو كان جسيما . وهذا المبدأ عريق راسخ منذ عهد الرومان عبر عنه فقهاؤهم بصيغ متعددة كقولهم non nisi dolo malo falsum, falsum nisi dolo committi non potest, falsum nisi dolo non punitur.

وعلى الرغم من اجماع الفقه والقضاء على ذلك فقد اعترض البعض على اطلاق الحكم بحتمية العمد فى التزوير ، ولم يروا سبباً يحول دون مساءلة الشخص عن هذه الجريمة إذا غير الحقيقة فى المحرر عن خطأ (١) . وليس هناك من وجهة النظر المجردة ما يحول دون تقرير العقاب على ارتكاب التزوير خطأ ، غير أن المشرعين فى مختلف الدول ومنذ أقدم العصور لم يقنعوا بكفاية الخطأ فى التزوير وانما تطلبوا العمد للعقاب عليه . وقد استجابوا فى ذلك إلى طبيعة التزوير ذاته ، فتغيير الحقيقة فى المحررات أمر شائع فى واقع الحياة ، وهو يحدث فى أحيان كثيرة بسهولة وبغير قصد . ولو عاقب القانون على كل تغيير فى الحقيقة يقع فى محرر لما نجا من العقاب إلا قليلون . فما من موظف — مستهتر أو حريص — سلم من هذا الخطأ وهو مستغرق فى عمله مكب عليه سحابة النهار . وعلى أى حال فهذا الرأى ليس دعوة إلى الفقهاء ليفسروا نصوص التزوير على نحو جديد ، وإنما

---

(١) Pessina, Elementi di diritto penale, vol. III, p. 191.

هو دعوة إلى المشرع لكى يعيد صياغة أحكام التزوير على نحو يسمح بالعقاب عليه سواء ارتكب عمداً أو عن خطأ (١) . أما النصوص القائمة فانها لا تحتمل شكاً فى ضرورة توافر القصد الجنائى فى كل صور التزوير .

والقصد الجنائى هو انعكاس نفسى لكل عناصر الركن المادى للجريمة ، فالترابط بين الأمرين وثيق ، وهذا ما حملنا على معالجة أركان التزوير فى الفصل الأول من هذا البحث ، لأن كل مشاكل الركن المادى تتردد أصداؤها بطريق غير مباشر فى منطقة القصد .

وفكرة القصد تتنازعها فى الفقه الجنائى المعاصر نظريتان ، هما نظرية العلم ونظرية الإرادة . ولا نرى وجهاً لاستعراض كل من النظريتين وبسط حججها ، لأننا غير مرغمين على الترجيح بينهما واعتناق إحداهما . فذلك جهد لا تدعو اليه حاجة البحث من جهة ، ولأن شقة الخلاف بين النظريتين من جهة أخرى ليست واسعة كما يظن أنصارهما . بل إننا فى الواقع

---

(١) ومع ذلك يرى «كرارا» أن المنطق الاجتماعى الذى يهتدى به المشرع فى رسم السياسة الجنائية يحول دون العقاب على مايقع فى المحررات من تغيير للحقيقة نتيجة إهمال أو تقصير. فالجرائم تنقسم بحسب هذا المنطق إلى ثلاثة أقسام : قسم يضم مجموعة كبيرة من الجرائم تؤدى نتائجها الضارة إلى إثارة مشاعر الناس بغض النظر عن خطورة الباعث النفسى لها ، ومن امثلتها جرائم الدم . ويرى القانون تسكيناً لفزع الناس وتهدئة لخواطرهم ملاءمة العقاب على هذه الجرائم فى حالتى العمد والإهمال ، وتتضاءل العقوبة فى الحالة الثانية ولكنها لاتتلاشى على أى حال . وقسم آخر يضم مجموعة من الجرائم ترهب الناس نتيجتها الضارة بدرجة واحدة سواء وقع الفعل عمداً أو عن إهمال ، ومن ذلك الفعل الفاضح العلنى ويعاقب القانون على هذه الجرائم فى الحالتين بعقوبة واحدة لاتختلف تبعاً لاختلاف درجة الخطأ . أما القسم الثالث فيضم طائفة من الجرائم يرتبط الضرر الاجتماعى الناشىء عنها بما استخدمه الجانى من غش ، ومن أمثلتها السرقة والتزييف والتزوير ، ولذلك لايعاقب على الأفعال المكونة لها إذا وقعت نتيجة اهمال ، فليس ثمة من يجرؤ على أن يقول لإنسان : لقد أخذت مال غيرك ظناً منك أنه مالك ، أو لقد قبلت عملة مزيفة ثم أنفقتها ظناً منك أنها صحيحة ، ولقد تسرعت فى الحالتين ، وكان من واجبك أن تتأمل المال جيداً ، أو أن تفحص العملة بعناية ، وكان بوسعك لوفعلت أن تتلافى فى سهولة ماوقعت فيه من خطأ ، ولهذا السبب فنحن نعاقبك. Carrara, Programma VII, No. 3717.

لا نلمس لهذا الخلاف أهمية عملية خطيرة (١) . والخلاف الحقيقى بينهما هو فى أساسه خلاف فقهى أذكته الرغبة فى تحرى الدقة العلمية والحرص على سلامة التأصيل الفنى .

ولا يثير عنصر الإرادة بوجه عام — حتى عند من يعتنقون نظرية الإرادة — مشاكل خاصة عند دراسة كل جريمة على حدة . وإنما تثور المشاكل بالنسبة لعنصر العلم فى بعض الجرائم ، ومنها جريمة التزوير . فعند العلم تختلف آراء الفقهاء وتضطرب أحكام القضاء . ولهذا سنكتفى بالعلم وحده فى دراسة القصد العام فى جريمة التزوير .

المطلب الأول

ضرورة العلم بالتزوير

١٣ — **العلم والجهل والغلط** : العلم بالشىء هو احاطة الذهن به وإدراك حقيقته ، وهو أبرز ما يميز العمد عن الخطأ . ويشترط فيه أن يكون شاملا لكل العناصر الواقعية للجريمة ، وأن يكون معاصراً لارتكابها .

والعلم ينفيه الجهل لأنه نقيضه ، والغلط كالجهل طبيعة وأثراً ، فهو صنوه فى تجرد الذهن من صورة تمثل الواقع ، وإن اختلف عنه فى قيام صورة خاطئة فى الذهن عن هذا الواقع . وهو يتفق معه فى الحكم ، لأن ما يعنينا فى مجال القصد ليس التصور الخاطىء الذى قام ، وإنما التصور الصحيح الذى تخلف . ولأن القدر الزائد فى طبيعة الغلط والذى يميزه عن مجرد الجهل هو قدر لا اعتداد به قانوناً ، قلنا إن الغلط كالجهل طبيعة وأثراً . لهذا سنتكلم عن الجهل بمعناه الواسع ، أى الجهل الذى يخلو الذهن فيه من صورة تطابق الواقع ، سواء اقترن بصورة خاطئة له ، أو لم يقترن بشىء من ذلك .

---

(١) راجع نجيب حسنى : القصد الجنائى — مجلة القانون والاقتصاد س ٢٨ ، ص ١٠٧ ، ١١٠ ، ١١١ .

غير أن الجهل فى باب القصد لا يختلط بالشك . وإذا كان الشك فى ظاهره يقترب من الغلط ، فانه فى حقيقته يختلف عنه اختلافاً أساسياً . فالغلط جهل بواقعة لها أهمية خاصة وعلم بواقعة لا تطابق الواقع ، فهو ينطوى على واقعتين إحداهما محل للجهل والأخرى محل للعلم . أما الشك فانه ينصب على واقعة واحدة يتجاذبها فى نفس الوقت كل من العلم والجهل ، فهو صورة مهتزة للواقع ، أو هو اعتقاد مذبذب غير مستقر . وإذا نظرنا إلى الجهل على أنه خاو الذهن من صورة مطابقة للواقع كان الشك نوعاً من العلم إذ هو أول درجاته أو أدناها . ذلك لأن الشك نوع من الاحتمال أو الإمكان ، فهو مظهر من مظاهر العلم على أى حال . وإذا كان الشك يختلف عن الجهل فى طبيعته فانه يختلف كذلك عنه فى حكمه ، فالقصد يقوم مع الشك متى كان الجانى يستوى لديه حين يقدم على الفعل أن تكون الواقعة محل شكه على النحو الذى تقوم به الجريمة أو على نحو مختلف (١).

والجهل قد يقع فى القانون أو فى الواقع ، والفقه والقضاء مستقران فى هذا الشأن على آراء محددة ومبسوطة فى كتب الفقه ومجموعات الأحكام . وليس لدينا جديد نضيفه إلى النظرية العامة للقصد ، ولكن تطبيق هذا «المستقر» على جريمة التزوير هو ما نسعى اليه فى هذا البحث .

(أولا) **الجهل بالقانون** : يثور الجهل بالقانون فى جريمة التزوير على صورتين : فهو إما أن يكون جهلا بحكم مقرر فى قاعدة جنائية ، وإما أن يكون جهلا بحكم غير جنائى ولكنه يدخل على نحو ما فى تكوين جريمة التزوير .

١٤ – (١) الجهل بحكم جنائى : الرأى الراجح فقهاً والمعمول به قضاء أن الجهل بالقانون الجنائى لا ينفى قيام القصد (٢) . ولذلك تقع

---

(١) راجع عبد المهيمن بكر – القصد الجنائى ص ٢٠٠ – ٢٠٢ ، جلال ثروت – نظرية الجريمة المتعدية القصد فقرة ١٠٤ و ١٠٥ و ١٠٧ .

(٢) وعلى الرغم من تسليم جمهور الفقهاء بهذا المبدأ فانهم يختلفون أشد الاختلاف على =

جريمة التزوير ممن يغير الحقيقة جاهلا بأن القانون يعاقب على تغييرها متى اكتملت عناصر الجريمة الأخرى .

وقد لا ينصب الجهل على عدم مشروعية الفعل فحسب ، بل قد ينهض الظن بمشروعيته نتيجة الاعتقاد بأن المصلحة التى ينالها الضرر لا تحظى بحماية القانون . ومثال ذلك أن يغير الشخص الحقيقة فى محرر تغييراً من شأنه أن يلحق الضرر بمصالح دولة معادية أو بمصالح بعض رعاياها ، وفى ظنه أن القانون لا يحمى هذه المصالح ، بل إن الاعتقاد قد يكون قوياً لديه بأنه يحقق بفعله هذا مصلحة قومية لبلده . ولا يختلف حكم هذا الشخص عن حكم من يقتل بعض رعايا الدولة المعادية ممن يقيمون فى بلده أو يغتصب مالهم أو يهتك أعراضهم . ولا عبرة بما قام فى ذهنه من لبس ، فذلك جهل بالقانون أو فهم له على غير وجهه الصحيح (١).

وقد ينصب الجهل على التكييف القانونى للمحرر . فمن المتفق عليه أن المحرر فى باب التزوير فكرة جنائية تتحدد على ضوء المصالح القانونية التى قصد الشارع إلى حمايتها . ولهذا السبب يرى الرأى الراجح أن المادة التى خطت عليها الكتابة لا وزن لها مادامت صالحة للاحتفاظ بها بعض الوقت ، فيصح أن يكتب المحرر على قطعة من الخشب أو القماش أو جلد الحيوان ، بل إنه يصح أن يكتب على شىء مما يعده القانون المدنى عقاراً كجذع شجرة قائمة أو عمود من رخام (٢) . كذلك فإن اللغة التى كتب

= تبريره . وفى هذا الصدد تتعدد النظريات . فهناك نظرية إمكان العلم بالقانون ، ونظرية افتراض العلم به ، ونظرية العلم بدلالة الفعل . انظر فى عرض هذه الآراء نجيب حسنى – القصد الجنائى – المرجع السابق ص ١٦٤ ومابعدها ، عبد المهيمن بكر – القصد الجنائى فى القانون المصرى والمقارن ١٩٥٩ ص ٢١٨ ومابعدها ، رمسيس بهنام – النظرية العامة للقانون الجنائى ١٩٦٥ ص ١٧٥ وما بعدها .

(١) راجع Antoliseli parte generale p. 253.

(٢) أحمد أمين – ص ١٨٧ Manzini, cit. VI, n. 2218, p. 601. Antolisel, p. s., cit. p. 479; Garraud, III, n. 1019.

بها المحرر لا أهمية لها ، فيصح أن تكون لغة وطنية أو أجنبية ، حية أو مندثرة ، بل يصح أن تكون الكتابة برموز متفق عليها بين جملة أشخاص (١). ويذهب الرأى الراجح كذلك إلى أن بطلان المحرر فى نظر فرع من فروع القانون لا يسلبه بالضرورة هذه الصفة فى باب التزوير . فالمحرر الذى يصدره موظف غير مختص ، أو غير أهل لتحريره ، أو الذى تنقصه بعض الأشكال القانونية ، يمكن فى ظروف معينة أن يكون محلا للتزوير (٢) . وليس يجدى من غير الحقيقة فى شىء من ذلك أن يحتج بأنه كان يعتقد أن ما وقع التزوير فيه لا يعد محرراً فى نظر القانون ، لأن هذا جهل بحكم جنائى لا أثر له فى نفى القصد فى جريمة التزوير (٣).

ويسرى الحكم نفسه على من يغير الحقيقة فى محرر رسمى وهو يظنه محرراً عرفياً (٤) ، لأن نوع المحرر كفكرته من مفاهيم القانون الجنائى ، والجهل بنوع المحرر كالجهل بحقيقته ، لا يغير أولهما فى طبيعة الجريمة كما لا يؤثر ثانيهما فى أصل التجريم .

١٥ – (٢) الجهل بحكم غير جنائى : تعرض مشكلة هذا النوع من الجهل كثيراً فى جريمة التزوير ، لأن التزوير تغيير للحقيقة ، وهذه الحقيقة قد تكون من الحقائق الطبيعية أو القانونية . وكما يخطىء الشخص فى إدراك الحقيقة الطبيعية ، فهو قد يخطىء – وبدرجة أكبر فى بعض الأحيان – فى فهم بعض الحقائق القانونية . والرأى الراجح فقهاً وقضاء

---

(١) أحمد أمين – ص ١٨٧ ، Manzini, cit., n. 2218., Antolisei, cit., p. 478., Garraud cit., III, 1019.

(٢) أحمد أمين ص ٢٥٠ وما بعدها ، والمراجع المشار اليها فيه .

(٣) السعيد مصطفى – المرجع السابق، ص ١٥٣ ، أحمد أمين ص ٢٥٦ ، Garcon, II, n. 393, Manzini cit., n. 2268. محمود مصطفى – المرجع السابق ص ١٥٠ .

(٤) Manzini, cit. no. 2268.

يفرق بين الجهل بالقوانين الجنائية والجهل بالقوانين غير الجنائية ، ويرتب على النوع الأخير تخلف القصد الجنائي (١) .

وقد ذهبت محكمة النقض عندنا فى حكم قديم لها إلى أن الغلط فى القانون لا يعتد به ، سواء كان من القوانين الجنائية أو غير الجنائية(٢). غير أنها لم تلبث أن عدلت عن هذا الاتجاه واطرد قضاؤها على أن جهل الشخص بالقانون غير الجنائي ينفي قيام القصد لديه . وعللت ذلك فى حكم لها قضت فيه بأنه «متى كانت الواقعة الثابتة بالحكم هى أن المتهمين حين باشروا عقد النكاح ، وهو عمل مشروع فى ذاته ، قرروا أمام المأذون وهو يثبته لهم عدم وجود مانع من موانعه ، وكانوا فى الواقع يجهلون أن ثمة مانعاً ، فان جهلهم – وهذه هى الحال – لا يعتبر جهلا بقانون العقوبات لا يقبل الاحتجاج به لسلامة نيتهم ، بل هو جهل بواقعة حال هى ركن من أركان جناية التزوير المرفوعة بها الدعوى عليهم ، أساسه عدم علمهم بحكم من أحكام قانون آخر هو قانون الأحوال الشخصية ، فهو خليط مركب من جهل بالواقع ومن عدم علم بحكم ليس من أحكام قانون العقوبات يجب قانوناً – فى صدد المساءلة الجنائية – اعتباره فى جملته جهلا بالواقع ، ومعاملة المتهمين على هذا الاعتبار » (٣).

ويتمشى هذا الرأى فى أصله – بغض النظر عن تعليله – مع الرأى

---

(١) وينتقد البعض هذه التفرقة ويرونها صعبة التبرير والتطبيق ، راجع نجيب حسنى – المرجع السابق ص ٢٠٢ ومابعدها ، السعيد مصطفى – الأحكام العامة فى قانون العقوبات ١٩٥٢ ص ٣٨٧.

(٢) وكانت الواقعة تتعلق بالغلط فى الملكية فى جريمة سرقة ، وقالت المحكمة « إن نية المتهمين السليمة المدعى بها قد تستنتج من خطأ قانونى بشأن الملكية ، وذلك مالايمكن قبوله مع وجود المادة الثانية من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية التى جاء فيها أنه لايقبل من أحد اعتذاره بعدم العلم بما تضمنته القوانين والأوامر العالية من وجوب العمل بمقتضاها » . نقض ١٩١١/٦/٣ المجموعة الرسمية س ١٢ ص ٢٥٧ .

(٣) نقض ١٩٤٣/٥/١٠ مج. ق. ق. جـ ١ ص ٣٤٩ قاعده ١٠٢ .

السائد فقهاً وقضاء فى كثير من بلاد العالم . فقد أخذت به المحكمة الألمانية العليا ، وقررت أنه إذا تعلق الجهل أو الغلط بفكرة قانونية نص عليها ونظمها قانون آخر غير قانون العقوبات ثم اقتبسها قانون العقوبات واعتمد عليها فى تحديد أركان الجريمة ، دون أن يدخل عليها تعديلا ، فان هذا الغلط ينفى القصد الجنائى (١) . ومثل هذا الاتجاه نلقاه أيضاً فى كل من فرنسا وإيطاليا ، بل إن التشريع الإيطالى قنن هذا المبدأ فى المادة ٤٧ من قانون العقوبات فنص على أن «الغلط فى قانون غير قانون العقوبات يستبعد العقاب إذا أفضى إلى غلط فى الواقعة التى تكون الجريمة » .

ومن أمثلة الحقائق القانونية المقررة فى قانون الأحوال الشخصية والتى يعتد بالجهل بها فى نفى القصد الجنائى :

١ ـ أن اسلام الزوجة الذمية لا يترتب عليه بذاته فصم عرى الزوجية بينها وبين زوجها الذمى ، وإنما يجب أن يصدر حكم القاضى بتطليقها عليه إذا لم يسلم .

٢ ـ أنه لا يجوز الجمع بين المرأة وخالتها أو عمتها ، ولا يجوز لمن تزوج أربعا وطلق إحداهن أن ينكح أخرى إلا بعد انقضاء عدة المطلقة .

٣ ـ أن إسلام أهل الكتاب لا يحكم به لمجرد النطق بالشهادتين وإنما لابد مع ذلك من النطق بالتبرى من كل دين يخالف دين الاسلام ، وهذا التبرى شرط لإجراء أحكام الإسلام عليهم لا لثبوت إيمانهم .

فإذا عقدت الذمية عقب إسلامها على مسلم دون الرجوع إلى القاضى لتطليقها ، أو تزوجت امرأة على عمتها أو خالتها ، أو عقد رجل على خامسة قبل انقضاء عدة المطلقة ، أو تزوج كتابى بمسلمة عقب نطقه بالشهادتين وقبل التبرى مما عدا الإسلام من أديان ، وأثبت كل من هؤلاء فى عقد

---

(١) راجع فى عرض موقف القضاء الألمانى : نجيب حسنى ـ المرجع السابق ص ١٩٧ .

الزواج عدم وجود مانع قانونى يحول دون إبرام العقد ، وكان يجهل فى حقيقة الواقع قيام المانع لجهله بقانون الأحوال الشخصية ، فإن القصد الجنائى ينتفى فلا يقع منه تزوير ، وذلك بالرغم من اكتمال عناصر الركن المادى .

(ثانيا) : الجهل بالواقع : لا خلاف فى أن جهل الشخص بعنصر من العناصر الواقعية للجريمة يحول دون توافر القصد الجنائى . ولا تشذ عن هذا جريمة التزوير . غير أن هذه القاعدة تحتجب أحياناً فى زحام المشاكل التى يثيرها التزوير . وذلك يدعونا إلى تعقب هذه العناصر وإلى درء ما علق بحكم الجهل ببعضها من شبهات .

١٦ — (١) الجهل بتغيير الحقيقة : يقتضى العلم بتغيير الحقيقة أموراً ثلاثة : أولها العلم بحقيقة الواقع ، وثانيها العلم بماهية ما أثبت فى المحرر أو ما حذف منه أو غير فيه ، وأخيراً العلم بما بين الأمرين من تباين واختلاف . ولا سبيل إلى اعتبار الشخص عالماً بتغيير الحقيقة إذا تخلف العلم لديه بأمر من هذه الأمور .

فالعلم ينتفى إذا كان المتهم جاهلا بالحقيقة التى كان يتعين عليه إثباتها أو الإبقاء عليها ، كالموظف حين يثبت على لسان ذوى الشأن بياناً غير صحيح وهو لا يدرى بما فيه من تحريف أو اختلاق . كما ينتفى هذا العلم أيضاً ولو أدرك الموظف حقيقة ما طلب إليه إثباته ، ولكنه دونه على وجه آخر دون أن يدرى ، وكان ذلك نتيجة لخطأ وقع فيه . فقد يثبت الموظف — بسبب عجلته أو إرهاقه — رقما أو تاريخاً غير الرقم أو التاريخ الصحيح ، وهو يجهل حقيقة ما كتب على الرغم من علمه بالرقم أو بالتاريخ الصحيح ، وأخيرا فإن العلم بتغيير الحقيقة ينتفى ولو كان الشخص يدرك الأمر على وجهه الصحيح ، ويدرك أيضاً حقيقة ما أثبته فى المحرر ، ولكنه يجهل أن الأمرين مختلفان . فقد يعبر الموظف بأسلوبه الخاص عن إرادة أفصح عنها أصحاب الشأن أمامه ، فيخونه اللفظ أو لا يسعفه بسبب عجزه

عن التمكن من ناصية اللغة ، وقد يترتب على فعله تغيير مضمون الإرادة وآثارها وذلك رغم حرصه الشديد على تسجيل ما تم أمامه بدقة وأمانة (١).

غير أن الأمر يختلف إذا لم يكن الجهل تاماً ، فالشك فى صحة الواقعة المراد إثباتها أو فى صحة المطابقة بين هذه الواقعة وبين ما تم إثباته لا ينزل منزلة الجهل فى حكمه وانما يعتبر علما يقوم به القصد متى مضى المتهم فى عمله رغم شكه غير مبال بما قد ينجم عن هذا العمل من أضرار فيما لو صدقت شكوكه فكانت الواقعة التى أثبتها غير صحيحة أو كانت المطابقة غير تامة . ولهذا يرى بعض الشراح أن القصد الجنائى لا ينتفى بالنسبة لمن أثبت صحة بيان معين مع جهله بتزويره إلا إذا كان يعتقد خطأ بصحته . أما إذا كان يشك فى صحته وصدق على البيان المزور بما يفيد صحته على الرغم من هذا الشك فان القصد يكون متوافراً (٢).

وينتفى العلم بتغيير الحقيقة سواء كان الجهل الذى وقع الشخص فيه مبرراً أو غير مبرر . ولهذا يستوى حكم الجهل الذى تلتمس المعاذير لمن سقط فيه ، والجهل الناشىء عن استهتار بواجبات الوظيفة أو بمقتضيات الحرص واليقظة ، أو نتيجة الإسراف فى حسن الظن بالناس ووضع الثقة فيمن ليس أهلا لها . فاذا استقى موظف بياناً من زميله فى العمل ، وآثر ذلك على الرجوع إلى مصادر البيان الأصلية فى السجلات ، وفعل ذلك ثقة بزميله أو استهانة بعمله أو تجنباً للمشقة ، ففعله لا يعد تزويراً ولو ثبت أن البيان الذى استقاه من زميله غير صحيح . ذلك لأن الجهل يظل جهلا ولو كان هناك التزام مقدور عليه بتحرى الصواب والتماس الحقيقة . واقتران الجهل بالتحلل من هذا الالتزام لا يمكن أن يغير من طبيعته فيبدله علماً (٣).

---

(١) قارن Carrara, Programma, VII, n. 3672.

(٢) راجع Legos, Commentaire du Code Pénal Suisse, p. 531. وفتحى سرور – المرجع السابق ص ٣٨١ .

(٣) أحمد أمين – ص ٢٥٦ و ٢٥٧ ;Carrara. VII, n. 3718 . Garçon II., n. 394, 395.
السعيد مصطفى ص ١٣٥ و ١٥٤ ، محمود مصطفى ص ١٤٩ ، على راشد ص ٢٦٤ ، محمود ابراهيم اسماعيل فقره ٢٦٦ ص ٢٨٧ ، عبد المهيمن بكر ص ٢١٨ و ٢١٩ .

وقد حاولت بعض أحكام القضاء فى مصر أن تجعل الجهل المقترن بالقعود عن تحرى الحقيقة — مع القدرة على تحريها — علماً أو كالعلم فى مجال القصد ، إذ قضت باعتبار أحد مشايخ القرى مزوراً لأنه وقع على شهادة تثبت تاريخ وفاة شخص ثم تبين أن هذا التاريخ غير مطابق للواقع وأن المتهم لم يكن شيخ حصة المتوفى ولا قريباً له ، وأنه وقع الشهادة لثقته بشيخ الحصة الذى وقع عليها واطمئنانه إلى صحة تاريخ الوفاة . وأخذ حكم الإدانة على المتهم أنه لم يعن بتعرف تاريخ الوفاة والتحرى عن حقيقته ، مع ما كان لديه من الوسائل التى توصله إلى ذلك ، واعتبر ما وقع منه إهمالا متعمداً يجعل التزوير داخلا فى قصده الاحتمالى . ولا شبهة فى فساد هذا القضاء ، لأن القعود عن تحرى الحقيقة لا ينتج فى نهاية المطاف علماً ، فمن أحجم عن تحرى الحقيقة لم يعلم بها بداهة . أما القول بأن ذلك يعد إهمالا متعمداً يجعل التزوير داخلا فى قصده الاحتمالى فليس إلا وضعاً للقصد الاحتمالى فى غير موضعه ، أو هو فهم له على غير وجهه الصحيح . فالقصد أيا ما كان نوعه لا يقبل التجرد من العلم فى أى حال . والقول بغير ذلك يهدم الحواجز الفاصلة بين العمد والخطأ ويجعل معالمهما مختلطة . وانما ينحصر الفرق بين القصد الاحتمالى والقصد المباشر فى درجة العلم لا فى أصل وجوده (١)، ولهذا السبب لم تتردد محكمتنا العليا فى نقض هذا القضاء وأعلنت بحسم أن مجرد الإهمال فى تحرى الحقيقة مهما كانت درجته لا يتحقق به العلم بتغيير الحقيقة (٢) .

١٧ — (٢) **الجهل بالطريقة** : ليس للجهل بطريقة التزوير أهمية خاصة ، لأن طريقة التزوير ليست عنصراً متميزاً فيه كما بينا فى موضع سابق . فالتزوير فعل تتغير به الحقيقة ، أو هو تغيير الحقيقة فى محرر تغييراً من شأنه الإضرار بالغير . فالحذف والإضافة وغيرهما ليست إلا أفعال

---

(١) نجيب حسنى — القصد الجنائى، فقره ٦٩ ص ١٥٥ ، عبد المهيمن بكر القصد الجنائى فقره ٩٩ وما بعدها ص ١٤٦ وما بعدها ، جلال ثروت — المرجع السابق فقرة ١٠٧ ص ٢٤٣ .

(٢) نقض ١٩٤٢/٣/٢٣ مج. ق. ق. ج ١ ص ٣٤٤ قاعده ٦٤ ، وانظر نقض ١٩٥٦/١٠/١ مج. أحكام النقض س ٧ ص ٩٦٠ قاعده ٢٦٢ .

تغيير الحقيقة ، فهى التغيير ذاته وليست شيئاً متميزاً عنه . فاذا قلنا إن زيداً غير الحقيقة فى محرر فذلك يعنى أنه أضاف إليه أو حذف منه شيئاً أو قلده أو اصطنعه . كل ما فى الأمر أن التغيير جنس وما يدعى الطريقة نوع . وعلى ذلك يأخذ التغيير مظاهر خارجية تختلف من حال لأخرى ، فهو يتخصص بالحذف أو بالإضافة ... الخ (١) .

١٨ — (٣) **الجهل بالضرر** : لا يترتب الضرر بحكم اللزوم على تغيير الحقيقة فى جميع الأحوال ، فقد تتغير الحقيقة ولا يتخلف عن تغييرها ضرر . ولذلك فالعلم بتغيير الحقيقة لا يتضمن بالضرورة العلم باحتمال الضرر ، ولا يغنى عن إثبات هذا العلم استقلالا . فاذا تصرف الشخص وفى يقينه أن فعله لا يمكن أن يلحق بالغير ضرراً ، فالقصد الجنائى فى جانبه يكون منتفياً (٢) . ومعنى هذا أن حسن النية يحول دون قيام القصد فى حالتين : حين يعتقد الشخص أن ما يثبته مطابق للحقيقة ، وحين يعتقد باستحالة ترتب الضرر على فعله ولو كان عالماً بأنه يغير الحقيقة فى محرر (٣) . ومن الحالات التى يقع فيها العلم بتغيير الحقيقة وينتفى فيها العلم بالضرر حالة من يقلد خط غيره فينشىء عليه سند دين رغبة منه فى إظهار براعته فى التقليد ، وكذلك من يصطنع قرارا إدارياً يعابث به صديقه فى أول شهر أبريل (٤) . ولا سبيل إلى تجنيب كل من الاثنين عقوبة التزوير إلا على أساس تخلف القصد الجنائى بسبب الجهل بالضرر .

---

(١) ومع ذلك فاعتبار الطريقة عنصراً فى التزوير لا يغير من الأمر شيئاً لأن الجهل بالطريقة إما أن يكون متعلقاً بطبيعتها أو بحكم القانون فيها . فان كان الجهل منصبا على طبيعة الفعل بأن أضاف الشخص بيانات إلى المحرر أو حذف بعضها أو عدل فيها دون أن يدرى حقيقة ما يصنع ، فجهله هذا يكون منصباً على تغيير الحقيقة ، أما إذا كان يجهل أن القانون يعاقب على ارتكاب التزوير بالطريقة التى تم بها تغيير الحقيقة ، فذلك جهل بالقانون الجنائى لأنه جهل بعدم مشروعية الفعل الذى وقع منه . جارسون — ٢ — ٣٩٢ ، ٣٩٣ ، أحمد أمين ص ٢٥٦ ، السعيد مصطفى ص ١٥٣ ، محمود مصطفى ص ١٥٠ .

(٢) Antolisei, p.s .cit., p. 493; Maggiore, parte generale. p. 273

(٣) Carrara, Programma, VII, n. 3667, 3719.

(٤) Antolisei, cit., p. 466, 465.

ولكن ما هو الضرر الذى ينبغى العلم به ؟ هذا الضرر فى اعتقادنا هو عين الضرر اللازم لوقوع جريمة التزوير ، وهو الذى يمس مصلحة من المصالح التى ترتبط حمايتها بأصالة المحرر وصحته ، وهو يختلف بطبيعة الحال عن الضرر الذى ينال الثقة العامة . فهذا الأخير ليس من أركان الجريمة وإن كان من لوازمها ، والعلم به مستفاد بالضرورة من العلم بتغيير الحقيقة فى محرر ذى خصائص معينة . ولذلك لا يلتزم حكم الإدانة بتحرى علم الجانى به (١) . أما الضرر النوعى فلا يكفى لوقوعه حتما حدوث التغيير فى المحرر ، إذ لا تلازم بالضرورة بين الأمرين . ولهذا يجب التثبت من علم الجانى بحلول هذا الضرر أو باحتماله لكى تستكمل الجريمة مقوماتها المعنوية ، كما يجب التثبت من حلوله فعلا أو احتمال حلوله حتى تستكمل مقوماتها المادية .

وتجرى أحكام النقض فى مصر – ويشايعها الفقه – على أن الضرر فى جرائم التزوير عنصر أساسى ، سواء كان التزوير واقعاً فى محرر رسمى أو فى محرر عرفى ، ولكنها تنظر إلى نوع هذا الضرر نظرة تختلف باختلاف نوع المحرر . فهو فى المحررات الرسمية يتمثل فيما ينال الثقة العامة من إهدار أو زعزعة ، أما فى المحررات العرفية فهو ضرر نوعى يلحق فرداً من الأفراد أو هيئة خاصة أو عامة (٢) .

وقد وقع الفقه والقضاء بسبب ذلك فى حرج شديد ، فكثيراً ما يثبت المحضر فى محضر الحجز أنه عاين المحصولات الزراعية بنفسه وقدرها بكذا ، فى حين أنه استقى معلوماته عنها من منزل العمدة دون أن يبرحه ، أو يثبت الموثق أنه تلا العقد على العاقدين ، والحقيقة أنه لم يفعل ، أو يثبت المحقق

(١) عكس ذلك : Antolisei, p. s. cit., p. 493.

(٢) للنقض فى هذا الشأن أحكام كثيرة ، انظر من بينها على سبيل المثال : نقض ١٩٣٧/٧/٤ مج ق. ق. جـ ١ ص ٣٤١ قاعدة ٤٣ و ١٩٤٤/٤/٢٤ قاعدة ٤٤ ، و ١٩٥٠/٥/١٩ قاعدة ٤٥ ، و ١٩٥١/٥/٨ ص ٣٤٢ قاعدة ٤٦ ، و ١٩٤٣/٥/٣ ص ٣٤١ قاعدة ٤١ و ١٩٢٣/١١/١٣ ، قاعدة ٤٠ .

أنه تلا على الشاهد أقواله فأقرها قبل التوقيع عليها دون أن يكون قد تلا عليه شيئاً منها ، ولا يكون أحد من هؤلاء مدفوعاً إلى ذلك الا بالتهاون والرغبة فى اختصار الإجراءات اقتصاداً للوقت أو تخفيفاً لمشقة العمل ودون أن يرد على خاطره احتمال وقوع ضرر بأحد من جزاء فعله . ويكاد الشراح الفرنسيون يجمعون فى هذه الأحوال على وجوب التبرئة لانعدام القصد الجنائى ، على الرغم من أن الموظف ارتكب ما ارتكب عن علم وإرادة (١) .

ولكن أحمد أمين يتشكك فى صحة هذا الرأى ، ويعجب للاجماع المعقود عليه حتى من « جارو » نفسه ، وهو الذى يعترض بشدة على اشتراط نية الإضرار فى التزوير ، ويرى أن المزور لا ينظر غالباً إلا إلى ما يعود عليه من الربح أو الفائدة ، ولا يفكر فيما قد يعود على غيره من ضرر . ويعتقد أحمد أمين أن نية الإضرار إن كانت غير موجودة فى الحالات السابقة ، فان نية الغش على الأقل قائمة ، وهى النية التى يتطلبها القانون فى التزوير ، لأن الباعث على تغيير الحقيقة فى مثل هذه الأحوال هو رغبة الموظف فى التخلص من واجب يفرضه القانون (٢) .

أما القضاء الفرنسى فقد كان فى بادىء الأمر يحكم بالعقاب متى ارتكب الموظف التزوير عن علم وإرادة ، ثم عدل عن ذلك فى بعض أحكامه وقرر عدم كفاية العلم بتغيير الحقيقة لتكوين القصد الجنائى . غير أنه لم يلبث أن عاد إلى مذهبه القديم ، على أساس أن التزوير فى هذه الأحوال إن لم يضر بمصالح الأفراد فهو على كل حال مضر بالمصلحة العامة ، لأنه ينزع ثقة الناس بالمحررات الرسمية ، ولأن الموظف يعلم على الأقل أن التزوير الذى يرتكبه من شأنه أن يحدث هذا الضرر الاجتماعى .

وليس للقضاء المصرى فى هذا الموضوع موقف موحد ، فهو إن كان يعتبر الموظف مزوراً فى الأمثلة السابقة ، إلا أنه لا يتبع المنطق نفسه بالنسبة

---

(١) Garraud, III, n. 1050: Chauveau Hélieet, II, n. 667, Blanche, III, n. 149.

(٢) أحمد أمين ص ٢٦١ .

للأفراد الذين يزورون فى محررات رسمية . وهناك أحكام عديدة قضت فيها المحاكم المصرية بالبراءة بالرغم من أن المتهمين ارتكبوا التزوير عن علم وإرادة ، وأسست هذه الأحكام قضاءها على تخلف سوء النية وقصد الإضرار لدى المتهم ، أو على حسن نيته أو سذاجته ، أو على اعتقاده بألا ضرر فيما فعل .

فقد قضى ببراءة شخص كلفه أخوه بالذهاب إلى المحكمة لسحب ورقة الاستئناف المرفوع منه ودفع باقى الرسم وقيده عنه لمرضه وحاول أجل القيد ، فقصد قلم المحضرين ووقع باسم أخيه على دفتر التسليم واستلم ورقة الإعلان . وقالت المحكمة إنه لم يقصد بالتوقيع أى تزوير ضد أخيه ، بل عمل ما عمل بحسن نية فسقطت عنه المسئولية لعدم توفر القصد الجنائى (١) .

وحكم على شخص بغرامة ، ولما ذهب المحضر لتنفيذ الحكم لم يجده بمنزله وتقدم أخوه بدله متسمياً باسمه ، وقبل أن يسجن عوضاً عن دفع الغرامة ، ولما قدم للمحاكمة بتهمة التزوير قضى ببراءته لأنه كان فى حالة من البساطة والسذاجة ، ولأنه كان مقيما مع أخيه فى معيشة واحدة ، وفهم أن الحكم بالغرامة على أخيه هو فى الحقيقة حكم عليهما معاً ، وأنه يمكنه أن يفعل ما يفعله أخوه ، فقبل أن يحبس عوضاً عنه ، فسجن باسمه وحبس مكانه (٢) .

وقضى ببراءة شخص حضر أمام المحكمة وتسمى باسم غيره فى محضر الجلسة ، لأنه لم يتوفر فى الدعوى سوء النية لدى المتهم ، إذ لم يحضر ليستفيد من حضوره ، بل لعقيدة بأنه يؤدى خدمة لموكله (٣) .

وقضى بأنه إذا كان الزوج مسجونا وطلق زوجته بناء على طلبها

---

(١) نقض ١٩٢٥/٣/٣ — الموسوعة الجنائية ج ٢ ص ٤٣٣ رقم ٢٢٦ .

(٢) استئناف مصر ١٩٠٠/٤/١٨ — الموسوعة الجنائية ج ٢ ص ٤٣٢ رقم ٢٢٣.

(٣) جنايات مصر ١٩٢٥/٥/٦ — الموسوعة الجنائية ج ٢ ص ٤٣٣ رقم ٢٢٥ .

بتوسط أحد أقاربه ، ثم أخذ هذا القريب الزوجة إلى بلد آخر وتسمى أمام المأذون باسم الزوج وخالع الزوجة وتحررت وثيقة بذلك ، فلا عقاب على قريب الزوج لأن الطلاق وقع حتيقة من الزوج الذى وكل قريبه فى تحرير وثيقة الطلاق ، ولأنه لا أهمية لكون المتهم تسمى باسم الزوج زوراً ، إذ أن من عادة الفلاحين البسطاء أن ينتحل الأب أو الخال اسم ابنه أو ابن أخته أو يتصف بصفة من صفاته ، دون أن يكون عند منتحل الاسم فكرة سيئة يقصد بها فعلا غير قانونى (١).

وهذا القضاء منتقد فى رأى أحمد أمين ، لأن فيه خلطاً بين القصد والباعث (٢) .

ولا شبهة لدينا فى سلامة مذهب الفقه الفرنسى ، وإن كان تبرير هذا المذهب يبدو عسيراً لو أننا قصرنا الضرر فى تزوير المحررات الرسمية على ما ينال الثقة العامة وحدها ، وأغفلنا ذلك الضرر الآخر الذى يصيب المصلحة التى ترتبط حمايتها بصحة المحرر ذاته ، بل إنه فى هذه الحالة يتعين التسليم بصحة النقد الذى أبداه أحمد أمين . وإنما يستقيم مذهب الفقه الفرنسى حين نعتد بالضرر الأخير ، إذ يصبح العلم به عنصراً جوهرياً فى القصد الجنائى لا يتوافر بدونه .

أما بالنسبة للقضاء المصرى ، فنحن بطبيعة الحال لا نشاطر فقيهنا الكبير رأيه فيما نعاه عليه فى الحالات التى عرضناها من خلط بين القصد والباعث ، فالملاحظ فيها جميعاً أن العلم بالضرر متخلف ، بل إن الاعتقاد باستحالته ثابت . وهذا القضاء فى اعتقادنا صحيح ، لا لأن القصد الخاص منتف بل لأن القصد العام غير قائم .

---

(١) استئناف مصر ١٨/١٠/١٩٠٢ - الموسوعة الجنائية ج ٢ ص ٤٣٤ رقم ٢٢٧ ، وانظر أيضاً احالة طنطا ١٧/١/١٩١٢ المرجع نفسه ص ٤٣٣ رقم ٢٢٤ .

(٢) أحمد أمين ص ٢٦٣ .

١٩ — **ماهية العلم بالضرر** : الضرر فى التزوير أمر مستقبل ، والعلم به ضرب من التنبؤ . وهذا التنبؤ درجات : فالشخص قد يتمثل الواقعة المستقبلة على وجه القطع واليقين ، وقد يتصورها على أنها محتملة أو ممكنة . والفقه متفق على أن العلم اللازم لقيام القصد لا يشترط فيه أن يكون علماً أكيداً ، بل يكفى العلم بامكان تحقق النتيجة طبقاً لما تقضى به سنن الحياة فى الظروف التى ارتكب الفعل فيها ، ما دام هذا العلم لم يحمل صاحبه على النكوص على عقبيه ، بل مضى رغم ذلك فى فعله غير مبال بما قد يسفر عنه هذا الفعل من نتائج يحظرها القانون (١).

ولا شك فى توافر العلم بالضرر متى كان الاضرار بالغير هو الباعث الذى حمل الشخص على تغيير الحقيقة . غير أن تخلف هذا الباعث لا ينفى بالضرورة قيام القصد . والأمر يتوقف فى النهاية على الظروف والملابسات الخاصة التى اقترنت بالفعل والتى يقدرها القاضى فى كل حالة على حدة بروح من العدل والإنصاف . وليس فى وسع أحد أن يصوغ قاعدة عامة محددة فى هذا الشأن . وكل ما يمكن قوله أن العلم بتغيير الحقيقة لا يعنى دائماً انصراف النية إلى الإضرار بحقوق الغير ، كما أنه — من جهة أخرى — لا يمكن القول ، بصفة مطلقة ، بأن تخلف هذه النية يوجب القضاء دائماً بالبراءة من التزوير . وإنما يقوم العلم أولا حين تنصرف النية إلى الإضرار بالغير ، كما أنه يقوم حين يتمثل الجانى احتمال وقوع هذا الضرر ، ثم لا يمنعه ذلك من المضى فى عمله ، بصرف النظر عن الغاية التى كان يرمى اليها من تغيير الحقيقة ، أى ولو كانت إرادته لم تنصرف أساساً إلى تحقيق هذا الضرر بالفعل (٢).

---

(١) وهذا الموضوع تتنازعه نظريتان : نظرية الاحتمال والامكان من جهة ، ونظرية القبول أو استواء حصول النتيجة من جهة أخرى . انظر فى ذلك بوجه خاص : عبد المهيمن بكر — القصد الجنائى ص ١٤٦—١٥٧ ، ونجيب حسنى : القصد الجنائى مجلة القانون والاقتصاد س ٢٩ ص ١٦٤ وما بعدها ، شرح قانون العقوبات — القسم العام ص ٧٣٦—٤٧٢ ، وجلال ثروت — نظرية الجريمة المتعدية القصد ص ٢٤٣ — ٢٤٨ ، ورمسيس بهنام — النظرية العامة للقانون الجنائى ص ٧٤٣ — ٧٥٠ .

(٢) راجع Carrara, cit., n. 3671. .

٢٠ — **امكان العلم لا يعدل العلم** : جهل الشخص بما ينطوى عليه تغيير الحقيقة من خطر قد يكون جهلا مبرراً أو غير مبرر . فثمة حالات يكون الجهل فيها وضعاً طبيعياً بالنسبة لشخص الجانى وما أحاط به من ظروف ، وهناك حالات يكون الجهل فيها وليد إهمال أو نزق كان فى وسع الشخص أن يتوقاه لو أنه أمعن الفكر وبذل فى هذا السبيل ما يبذله فرد من أوسط الناس ذكاء وحرصاً .

ويرى جارسون أن القصد الجنائى يتوافر لا عندما يتوقع الجانى احتمال حدوث الضرر فحسب ، وانما يتوافر أيضاً — عند قيام هذا الاحتمال — متى كان من واجب الجانى وفى وسعه أن يتوقعه . وليس له أن يتذرع بأن الفعل لم يكن يتراءى له فى صورة يحتمل معها وقوع الضرر بأحد ، لأن من واجب الشخص أن يتوقع كل النتائج المترتبة على تغيير الحقيقة ما دام قد أقدم على ذلك بكامل وعيه وإرادته (١) .

وتلقف الفقه والقضاء فى مصر هذا الرأى ، وأضافا إليه ما لم يقل به جارسون . فهذا الأخير لا يعتبر موقف الجانى فى الحالة الثانية عاماً ولكنه يعطيه حكم العلم . أما فى مصر فقد قفا الفقه أثر القضاء واعتبره عاماً عن طريق الافتراض (٢) . والفرق واضح بين العلم الحكمى والعلم الفرضى . فالأول حالة لا ترقى إلى مرتبة العلم لافتقارها إلى عناصره ، ولكنها مع ذلك تأخذ حكمه لاعتبارات خاصة . أما الثانى فعلم حقيقى يسند إلى المتهم ، ولا يميزه شىء سوى أن القاضى غير ملزم بتحريه ، لأن ظروف الواقعة ترشح لقيامه ، بل تقطع بوجوده ، ومن هنا ساغ افتراضه . وافتراض

---

(١) Garçon, 1, n. 397.

(٢) نقض ١٩٣٣/٥/١ مج ق. ق. ج ١ ص ٣٤٣ قاعدة ٦٣ ، ونقض ١٩٣٣/٦/٢٦ المرجع نفسه ص ٣٤١ قاعدة ٤٢ ، وانظر فى الفقه المصرى : السعيد مصطفى ص ١٥٤ ، ومحمود مصطفى ص ١٥٠ ، ورمسيس بهنام — القسم الخاص فى قانون العقوبات ١٩٥٨ ص ١١١ ورءوف عبيد ص ١٠٢ . أما أحمد أمين فيبدو أنه لا يؤيد هذا الرأى إذ أغفل الإشارة إليه تماماً ، انظر ص ٢٥٧ ، ويعترض على هذا الرأى عبد المهيمن بكر ص ٢٢٠ — ٢٢٢ .

العلم يدخل فى دائرة الإثبات ، ولهذا نرجىء مناقشة الرأى الذى قيل به فى مصر حتى نعالج إثبات القصد . أما هنا فسوف نكتفى بمناقشة رأى جارسون .

لم يصرح جارسون — كما ذكرنا — بأن التخلى عن العلم مع الالتزام بتحريه والقدرة عليه يعتبر علماً ، ولكنه يرى أنه يقوم مقامه فى مجال القصد . ونقطة الضعف فى هذا الرأى أنه يضع الجانى فى مركز عجيب ، فاذا لم يكن رصيده النفسى علماً حقيقياً بالضرر ولا جهلا يعتد به ، فإن مساءلته رغم ذلك عن جريمة التزوير يكون مبناها حالة نفسية تشبه أن تكون علماً وتأخذ حكمه . وهذا المركز الوسط غريب على القانون ، فهو لا يعرف إلا العلم والجهل ، أما شبه العلم فلا يدرى من أمره شيئاً (١). والواقع

---

(١) يرتبط هذا الرأى ارتباطاً وثيقاً بالنظرية التى يعتنقها جارسون فى القصد الاحتمالى . فالأصل عنده أن الجانى يجب أن يسأل عن كل النتائج التى تترتب على فعله الاجرامى ، والتى تتفق مع السير الطبيعى والعادى للأمور ،والتى كان باستطاعته ومن واجبه أن يتوقعها . ولاتنتفى مسئوليته إلا بالنسبة للنتائج الشاذة غير المنتظرة ، وهى النتائج التى يستحيل أو يصعب عليه توقعها (جارسون — مادة ١ ، فقرة ٩٦). ويتضح من ذلك أن جارسون ينحو فى القصد الاحتمالى منحى مختلفاً عن الفقهاء الفرنسيين الذين يتفقون معه فى الاكتفاء باستطاعة التوقع ووجوبه . فلكى يقوم القصد الاحتمالى على هذا النحو يشترط هؤلاء الفقهاء فضلا عن استطاعة التوقع شرطين : الأول ضرورة وجود قصد جنائى مباشر ، أى جريمة أولى عمدية ، فيتجاوزها فعل الشخص إلى نتيجة أخرى ، والثانى أن يكون هناك نص صريح فى القانون يقرر المسئولية عن هذا القصد

أنظر : Garraud, 1, n. 301, 301: Vidal et Magnol, Cours de droit criminel et de science pénitentiaire 1, n. 127., De Vabres, Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée, n. 131.

وانظر كذلك المراجع الأخرى المشار اليها فى نجيب حسنى—القصد الجنائى فقرة ٧٢). وعلى الرغم مما يؤخذ على رأى هؤلاء الفقهاء من أوجه نقد ، فان تطبيقه على جريمة التزوير يؤدى بحكم المنطق إلى استبعاد قيام القصد فى الحالة التى لايتوقع الشخص فيها حصول الضرر كأثر لتغيير الحقيقة مع قدرته على ذلك ، فليست هناك نتيجة إجرامية أولى انصرف اليها قصده المباشر ، كما أنه ليس فى القانون نص خاص يحمله المسئولية فى هذه الظروف ، ولكن جارسون رغم ذلك يعتبر القصد الجنائى قائماً على أساس القدرة على العلم والالتزام به فحسب .

أن الأخذ برأى جارسون يؤدى إلى العقاب على التزوير باهمال ، لأن الجهل باحتمال الضرر مهما يكن جهلا فاحشاً فانه جهل على كل حال ، ولا يمكن أن ينقلب علماً على الإطلاق ، فمن المتفق عليه أن العلم يقاس بمعيار شخصى لا موضوعى ، وما دام الشخص لم يعلم فلا وجه للنعى عليه بأنه قصر فى تقليب الأمر على وجوهه وفى التبصر فيما يمكن أن ينشأ عن فعله من ضرر ، لأن ذلك محله أن يكون مسئولا على وجه الإهمال أو عدم الاحتياط ، أما ونحن فى شأن مسألة عمدية فان الخطأ لا يمكن أن يقوم مقام العلم التام الحقيقى (١) . ومن الغريب أن جارسون يسلم بذلك بالنسبة للعلم بتغيير الحقيقة ، إذ يقرر أن الإهمال فى تحرى الحقيقة لا يعدل العلم بها ولو كان باستطاعة الشخص الوصول إليها ببذل شىء من الدقة والحيطة فى أداء العمل (٢) . ولسنا ندرى لم فرق جارسون بين العلم بتغيير الحقيقة والعلم بالضرر ، فقبل بالنسبة للثانى ما رفضه بالنسبة للأول على الرغم من وجوب تماثل الحكم فى الحالين .

---

(١) عبد المهيمن بكر — القسم الخاص ص ٢٢١ و ٢٢٢ . وينتقد الدكتور نجيب حسنى فكرة امكان العلم بقوله إن اعتبار «القصد الاحتمالى قائما على استطاعة التوقع ووجوبه يعنى الاعتراف بوجود القصد الاحتمالى حيث لا يتوافر العلم الحقيقى بعناصر الجريمة . وفى تجاهل أهمية العلم كعنصر أساسى فى القصد الجنائى اهدار لوجود القصد الجنائى ذاته ، خاصة إذا مالاحظنا أنه إذا لم يتوافر العلم بالواقعة فلا يتصور اتجاه الإرادة اليها ، إذ الارادة لا تنصرف إلى واقعة إلا إذا أحاط بها العلم أولا . فاذا جردنا فكرة القصد الجنائى من عنصريها على هذا النحو فقد أكدنا بذلك انتفاء القصد الجنائى . ولتأييد هذا القول نلاحظ أن استطاعة التوقع هى العنصر الأساسى فى الخطأ غير العمدى إذا لم يكن مصحوباً بالتوقع ، إذ يفترض أن الجانى — حينما اقترف الفعل — قد نزل بمسلكه عن القدر الذى يتطلبه القانون من الحيطة والحذر فلم يتوقع النتيجة التى تترتب على فعله ، ولم يحل دون حدوثها فى حين كان فى استطاعته ومن واجبه أن يتوقعها ، وأن يتخذ من أساليب الاحتياط ما يحول دون حدوثها . فاذا كانت استطاعة التوقع عنصرا فى الخطأ غير العمدى ، فان بديهيات المنطق القانونى تحول دون أن تعد فى الوقت نفسه عنصراً فى القصد الجنائى » القصد الجنائى مجلة القانون والاقتصاد س ٢٩ ص ٢٣٣

(٢) راجع : Garçon n. 394, 395.

المطلب الثانى

إثبات العلم بالتزوير

٢١ – **تمهيد** : بينا فى المطلب السابق أن القصد العام فى التزوير ليس فيه من الناحية الموضوعية جديد يميزه عن القصد العام فى الجرائم الأخرى ، وإنما تثور الصعوبة عندما يراد إثبات هذا القصد . والإثبات مسألة إجرائية لا تختلط بالقصد ذاته ، وليس من شأن الاتفاق أو الاختلاف على القواعد التى يخضع لها الإثبات أن تهتز فكرة القصد أو تتأثر فى معناها أو فى مبناها . وموضع الخلاف فى إثبات القصد فى جريمة التزوير هو مدى ما يلتزم القاضى بإثباته من علم المتهم . أما وسيلة الإثبات فلا خلاف عليها ، إذ يهيمن على التشريعات المعاصرة جميعاً مبدأ عام هو حرية القاضى فى تكوين عقيدته . فليس هناك دليل قانونى لا يبنى الحكم إلا عليه ، وليس هناك تدرج فى مراتب الأدلة ، وإنما هى فى مجموعها سواء . ومناط رجحان دليل على آخر هو مدى ما يحدثه من أثر فى وجدان القاضى فى كل حالة على حدة . غير أن حرية القاضى فى تكوين عقيدته لا تعنى التحكم من جانبه أو الاقتناع بالهوى المجرد . فهى ليست حرية فى أن يقضى كما يشاء ولكنها حرية فى أن يجمع من الأدلة ما يشاء وأن يكون عقيدته على ضوء هذه الأدلة بغير أن يتعرض ضميره لضغط من جانب القانون يحمله على الاعتداد بدليل بعينه واطراح ماعداه (١) . وقضى تطبيقاً لذلك بأن أساس الأحكام الجنائية هو حرية قاضى الموضوع فى تقدير الأدلة القائمة فى الدعوى ، فما دام يبين من حكمه أنه لم يقض بالبراءة إلا بعد أن ألم بتلك الأدلة ووزنها فلم يقتنع وجدانه بصحتها فلا تجوز مصادرته فى اعتقاده ولا المجادلة فى حكمه أمام محكمة النقض ، كما أنه لا يحكم بالإدانة إلا إذا اطمأن ضميره لها بشرط أن يكون هذا الاطمئنان مستمداً من أدلة قائمة فى الدعوى يصح فى العقل

---

(١) Leone, Lineamenti di diritto processuale penale, Napoli, 1958, p. 316: De Marsico, Lezioni di diritto processuale penale, Napoli, 1955, p.174.

أن تؤدى إلى ما اقتنع به القاضى (١) . وقضى أيضاً بأن الأصل أن القاضى فى المواد الجنائية غير مقيد بأدلة معينة ، بل إن القانون قد ترك له كامل الحرية فى أن يكون عقيدته فى حقيقة الواقعة المرفوعة بها الدعوى أو فى علاقة المتهم بها من أى دليل يستخلصه مما يقدم له بالجلسة فى مقام الإثبات فى الدعوى ما دام الاستشهاد به غير محرم بصفة عامة (٢).

وقد ظهرت فى مجال إثبات القصد بصفة عامة — وفى جريمة التزوير على وجه الخصوص — نظرية تذهب إلى أن القصد يكمن فى الفعل ذاته ، بمعنى أن وقوع الفعل من الشخص ينهض قرينة على علمه بمختلف العناصر التى تدخل فى بناء الجريمة ، فلا يحتاج القاضى بعد ذلك إلى تحرى هذا العلم وإثباته ، وإنما على المتهم نفيه ودحض هذه القرينة . وهناك اتجاه آخر يقل عن هذا تطرفاً ، فهو لا يفترض القصد جملة وإنما يقتصر على افتراض بعض عناصره . وسوف نعرض لكلا الرأيين فى شىء من القصد والإيجاز .

٢٢ — أولا : نظرية «القصد يكمن فى الفعل» أو «الفعل يفترض القصد» :
Dolus in re ipsa aut inest.

تتلخص هذه النظرية فى أن التحقق من وقوع الفعل مادياً ومن صدوره عن شخص معين يتضمن فى الوقت ذاته إثبات القصد الجنائى فى جانبه بغير حاجة إلى التحقق من هذا القصد استقلالا . وطبق البعض هذه النظرية على جريمة التزوير فقالوا إن تغيير الحقيقة فى محرر على يد شخص معين يقوم بذاته قرينة على توافر القصد الجنائى اللازم فى جريمة التزوير (٣) .

---

(١) نقض ١٩٥٣/٦/٨ مج ق. ق. جـ ١ ص ٢٧ قاعدة ٩ .

(٢) نقض ١٩٤٢/٦/٨ مج ق. ق. جـ ١ ص ٨٣ قاعدة ٥٢٣ .

(٣) قال بهذا الرأى فى إيطاليا : Impallementil Il, Codice penale illustrato, Torino, 1890—1891, II, p. 20.

وليس بمعقول أن تكون هذه النظرية قد ظهرت فى عصور البداوة الفكرية حيث كانت المسئولية الجنائية تبنى على الفعل وحده ، وإنما المعقول أن تكون قد عاصرت مرحلة بلغ فيها الفكر القانونى درجة من الوعى والنضج جعلته لا يسيغ بناء هذه المسئولية على الفعل المادى وحده ، وهيأته لتقبل الاعتداد كذلك بالموقف النفسى للجانى وقت ارتكاب الفعل . وبعبارة أخرى فان هذه النظرية تحمل آثار فكر متقدم يقيم المسئولية الجنائية على الخطأ ، ذلك لأنها تفرض القصد ، وافتراضه يعنى التسليم بلزومه . وصيغة هذه النظرية تحدد مجال انطباقها ، فهى تحدث أثرها فى نطاق قانون الاجراءات لا فى نطاق قانون العقوبات ، لأنها لا تبتدع حكماً جنائياً جديداً ولا توسع فى نطاق حكم جنائى قائم ، وانما هى تستحدث قرينة تدخل بها فى دائرة الإثبات .

=وطبقه فى فرنسا Rossi على التزوير المادى دون المعنوى Traité du dr. pén., III, p. 243. واعتنق فتحى زغلول فى مصر رأى Rossi ، فقد جاء فى « رسالة التزوير فى الأوراق » ما يلى : العمد إما موضوعى أو نسبى . فالعمد الموضوعى هو الذى يكون ملازماً للفعل المحرم فلا يحتاج فى اثباته لغير اقامة الدليل على وقوع ذلك الفعل من المسند اليه . والعمد النسبى هو الذى لا يؤخذ طبعاً من الفعل المحرم ، ولذلك يلزم فى إثباته إقامة دليل مخصوص به غير وقوع الفعل المسند إلى المتهم . وشاهدنا على ذلك تحرير المادتين ١٨٩ و ١٩١ (تقابلان المادتين ٢١١ ، ٢١٣) ، فان الثانية جاءت بلفظين لم تذكرا فى الأولى ، وهما قولها «بقصد التزوير» . وليس المقصود من ذلك أن الفعل المادى وحده معاقب عليه إذا دخل تحت نص المادة ١٨٩ وأنه لابد من العمد فى الأحوال المنصوص عليها فى المادة ١٩١ ، لأن ذلك يكون خروجاً على القواعد العمومية ، فلابد من العمد فى كل جريمة . انما الغرض من ذكر هذا القيد فى المادة الثانية وتركه فى المادة الأولى بيان أن العمد مشكوك فيه بالنسبة لأحوال المادة ١٩١ ، فيجب بيانه بياناً كافياً فى الاتهام والأحكام ، وأنه ظاهر جلى فى أحوال المادة ١٨٩ ، فتحقيق الفعل يستلزم وجوده . وفى الواقع يبعد أن رجلا عاقلا مختاراً يضع امضاء مزورة أو يحشر كلمات فى الدفاتر أو يزيد على المكتوب بعد تمامه أو يخترع وثيقة على غيره وهو لا يريد سوءاً من ذلك . فلايلزم المشتكى إذن إلا أن يبرهن على صدور الفعل من المتهم ، ولهذا أن يبرىء نفسه إذا أثبت أنه لم يكن فى فعله متعمداً ، لأنه يكون إذن فى حالة استثنائية هو المكلف باقامة الحجة عليها . والحال غير ذلك بالنظر إلى الأحوال المنصوص عنها فى المادة ١٩١ فالمرء يخطىء فى فهم مايلقى عليه أو فى تحرير ماقام بفكره أو ينسى بعض الظروف المهمة فى الواقعة عند تحريرها ، ولا يكون له فى ذلك قصد سىء ، وعلى هذا وجب أن المشتكى يقرر العمد بعد إثبات صدور الفعل من المسند إليه » فتحى زغلول ص ٥٨ — ٦٠ .

ويرجح الشراح أن تكون هذه النظرية قد ولدت على يد الرومان ، ولكنهم مع ذلك يختلفون فى أساسها المنطقى عندهم ، فيرى البعض أن الرومان أقاموها على ركيزتين منطقيتين : أولاهما أن أصدق معيار للحكم على تصرف الإنسان هو نيته ، والثانية أن الأصل فى الانسان أن الآثار التى تترتب على فعله — سواء كانت طيبة أو سيئة — هى آثار مرادة من جانبه . فإذا ترتبت على هذا الفعل آثار لم يسع إليها فذلك خروج على الأصل يلزمه إثباته ، وإلا صح افتراض نسبة هذه الآثار إلى إرادته (١) . ومعنى ذلك أن الرومان افترضوا علم الانسان بفعله وانصراف إرادته إلى ارتكابه لمجرد وقوعه منه ، وافترضوا كذلك علمه بنتائج هذا الفعل وارادته اياها لمجرد وجود علاقة سببية بين الفعل وهذه النتائج . غير أن أغلب الشراح يرون تعليلا لهذه النظرية أن الرومان — كغيرهم — وقفوا حيارى أمام تقييم سلوك الإنسان من الناحية الجنائية ، وعجزوا عن تلمس دليل حاسم يحدد موقفه النفسى ساعة إتيان هذا السلوك ، لأن نفس الانسان لا يسبر غورها ولا يتسنى كشف حقيقتها ورصد اتجاهاتها بطريقة مباشرة . ولهذا لم يجدوا مفراً من الاستعانة بكل الظروف الخارجية التى يقرها المنطق ، سواء كانت سابقة على الفعل أو معاصرة له أو لاحقة عليه . ولذلك افترضوا أن الفعل ينطوى على القصد ، على أساس أن الفعل هو أبرز ما يشف عنه (٢) .

نقد هذه النظرية : وصفت هذه النظرية بحق بأنها نكسة أوردة فكرية خطيرة يراد بها إرغام الضمير القانونى على العودة إلى عهود طفولته الأولى لأنها فى نهاية المطاف تقيم المسئولية الجنائية — عملا — على الفعل وحده (٣) . وليس يدرأ عنها هذا الوصف أنها تسلم بالقصد وانما تفترض ثبوته فحسب ، لأن افتراض القصد يغنى القاضى عن تلمسه ، ويضع المتهم فى مركز دقيق لا يختلف كثيراً عن مركز المتهم الذى تتحدد مسئوليته على أساس الفعل وحده .

---

(١) من هذا الرأى فتحى زغلول : المرجع والموضع السابقان .

(٢) راجع : Bricola, Dolus in re ispa, Milano, 1960, p. 9 — 11

(٣) راجع : Antolisei, parte speciale, cit., p. 463, Bricola, cit., p. 9.

وفضلا عن ذلك فإن أساس النظرية واه لا يصمد أمام النظرة الناقدة . فهى تجعل ارتكاب الفعل قرينة قانونية على قيام القصد، وهذه القرينة فاسدة، لأن القرينة وسيلة يستدل بها على واقعة لم تثبت بالدليل المباشر نتيجة لثبوت واقعة أخرى بدليل مباشر ، وذلك لما بين الواقعتين من تلازم اهتدى إليه الإنسان من خلال تجاربه السابقة . وهذه القرينة لا تتقرر الا بنص فى القانون وفى أضيق الحدود (١) ، فاذا لم ينص القانون عليها — صراحة ولا ضمناً — فليس بوسع القاضى أن يبتدع قرينة قانونية من عنده ، وانما يتعين عليه أن يثبت كل واقعة منتجة فى الدعوى بما يتفق وطبيعتها . وليس فى القانون قرينة تفترض ثبوت القصد من مجرد ارتكاب الفعل ، فوجب على القاضى أن يتحراه لا أن يفترضه من تلقاء نفسه (٢) .

وبعض عناصر الدعوى يستعصى بطبيعته على الدليل المباشر ، فلا يملك القاضى إثباته إلا باستخدام الأدلة غير المباشرة ، أى انه يركز جهده على واقعة مادية محددة فيتثبت منها أولا بالدليل المباشر ، حتى إذا اطمأن إليها أمكنه أن يقرر ثبوت الواقعة الأخرى متى كانت الواقعتان متلازمتين بحكم المنطق البشرى . وفى هذه الحالة تكون الواقعة الأخرى قد استنتجت ولا نقول افترضت (٣) ، لأن الفرق بين الافتراض والاستنتاج أن التلازم بين الواقعة التى ثبتت وتلك التى افترضت مقرر من قبل الشارع وإن اهتدى فيه بحكم التجربة ، ولذلك لا يلتزم القاضى بتحرى هذا التلازم حين يعرض

---

(١) راجع عبد المهيمن بكر — القصد الجنائى ص ٢٤٤ و Bricola, cit., p 42,

(٢) وليس صحيحاً مايقرره فتحى زغلول — اقتداء بـ Rossi من أن هذه القرينة فى التزوير مستفادة من إضافة عبارة «بقصد التزوير» إلى المادة ٢١٣ (١٩١ قديم) ومن إغفال النص عليها فى المادة ٢١١ (١٨٩ قديم) ، فالمشرع ينص فى بعض المواد على لفظ «عمدا» ويغفل ذلك فى معظمها ومع ذلك لم يقل أحد بوجوب إثبات القصد فى الجرائم التى يرد النص فيها على العمد وافتراضه فيما عداها . وقد استطاع الفقه المصرى السائد أن يجعل لهذه العبارة وظيفة أخرى فقد استنتج منها وجود قصد خاص فى التزوير المعنوى ، ثم لم يقصر هذا القصد على التزوير المعنوى وحده ، بل صرفه كذلك إلى التزوير المادى بالرغم من خلو المادة ٢١١ من عبارة مماثلة . ولنا عودة إلى هذا الموضوع عند دراسة القصد الخاص .

(٣) Bricola, cit., p. 44 — 47.

الأمر عليه ، أما التلازم بين الواقعة التي ثبتت والواقعة المستنتجة فإنه تلازم يقرره القاضي في كل حالة على حدة ، ومنطقه في هذا الشأن يخضع لرقابة محكمة النقض .

ولما كان القصد حالة نفسية خالصة يتعذر إقامة الدليل المباشر عليها فإنه يسوغ للقاضي أن يتلمس عناصره بإقامة الأدلة على وقائع مادية تتميز عنه ولكنها ترتبط به ارتباط لزوم (٢) . غير أنه إذا كان الفعل من الأمور التي تدل على وجود القصد ، فإن هذه الدلالة ليست حاسمة ، لأن التجربة لا ترفض نفي هذا الارتباط في كثير من الأحيان (٣) . وليس بمستبعد في جريمة التزوير أن يغير الإنسان الحقيقة في محرر وهو يجهل هذه الحقيقة أو يجهل ماهية ما يكتبه ، أو يجهل ما بين الأمرين من اختلاف . وليس بمستبعد أيضاً أن يكون الشخص بالرغم من تغييره الحقيقة بكامل وعيه وإدراكه، قد فعل ذلك عن يقين لا يشوبه ريب في انتفاء كل ضرر يترتب على هذا التغيير . وإذا كان الارتباط بين تغيير الحقيقة — وهو الفعل — وبين القصد الجنائي في التزوير محل شك على هذا النحو ، فإن استخلاص القصد من الفعل وحده يكون استخلاصاً معيباً يصم الحكم بالقصور.

---

(١) نجيب حسني — القصد الجنائي — مجلة القانون والاقتصاد س ٢٩ ص ١٩١ .

(٢) Bricola, cit, p. 12—13 ، رمسيس بهنام — النظرية العامة للقانون الجنائي ص ٧٧٢ — ٧٧٣ .

(٣) قضى في إيطاليا بأن القصد اللازم في جريمة التزوير لا يصح اعتباره كامناً في ذات الفعل (نقض إيطالي في ١٩٣٤/٢/٥) ، وقضى أيضاً بأن من الخطأ في موضوع التزوير أن يقال بأن القصد يكمن في تغيير الحقيقة ، لأن ذلك لا يفيد سوى ثبوت العناصر المادية للجريمة فحسب ، ولابد في إثبات القصد من بيان العناصر التي يمكن من خلالها القطع بوجوده (نقض إيطالي في ١٩٢٩/٤/٢٩) . وقضى في مصر بأن قول المحكمة بأن العلم مفروض لدى المتهم وأنه ليس له أن يدعي أنه لايعلم بأن المادة مخدرة لا سند له من القانون ولايمكن إقراره ، فإن القصد الجنائي من أركان الجريمة فيجب أن يكون ثبوته فعلياً ، ولا يصح افتراضه افتراضاً قد لا يتفق والحقيقة في واقعة الدعوى » نقض ١٩٤٦/٣/١٢ مج ق.ق. ج ٢ ص ١٠٤٩ قاعدة ٤٥ . قارن رمسيس بهنام — المرجع السابق ص ٧٧٥ .

وقد عنى فقهاء القانون الجنائى بوضع علامات يهتدى بها القاضى فلا يزل وهو يمارس هذا الاستنتاج ، فقالوا إنه لكى يصح استنباط القصد -وهو أمر مجهول - من وقائع أجنبية عنه ، يجب أن تكون هذه الوقائع متعددة ، وأن تثبت بطريق قطعى ، وألا يكون بينها تعارض ، وأن تؤدى فى النهاية وبحكم اللزوم العقلى إلى إثبات هذا القصد (١) . وهذا اللزوم العقلى ثمرة الخبرة البشرية وتجارب الإنسان ، وليس ثمة معيار يحدده سوى هذا القانون . فإذا لم يقم هذا التلازم انقطع الرباط المنطقى الذى ينتظم الواقعة التى ثبتت وتلك التى يراد إثباتها ، وأصبح الربط بينهما تحكماً واعتسافاً .

وهذه القيود نفسها تميز الاستنتاج - أو القرينة القضائية كما يسمى عن الشكوك أو الشبهات . فالشبهة إحساس غامض يخامر النفس وشعور مبهم يخالجها دون أن يكون ثمة أساس واقعى يستند اليه (٢) . أما الاستنتاج أو القرينة القضائية فإنه يقين راسخ واعتقاد جازم بثبوت أمر معين بناء على ما تقضى به قوانين الخبرة والتجربة . ولذلك يصح بناء الأحكام على القرائن القضائية ، ولا يجوز بناؤها على مجرد الشكوك أو مطلق الشبهات .

وقد يعترض على ذلك بأن إثبات القصد فعليا أمر يبدو عسيراً فى كثير من الأحيان ، يرهق سلطة الاتهام بل قد يعجزها ، وقد يؤدى ذلك إلى إفلات بعض الجناة من العقاب . ولكن هذا الاعتراض يتضاءل متى لاحظنا مرونة القواعد الإجرائية واتساع صدرها لقبول الأدلة غير المباشرة فى إثبات القصد . والإثبات بهذه الوسيلة ممكن لا إعجاز فيه ولا إرهاق . ومع ذلك فمن قال إن صعوبة الإثبات تبرر افتراض ما يصعب إثباته ؟ إن هذا القول لو صح لانتهى بنا إلى نتيجة شاذة ، هى أن إثبات الصعب يصبح أيسر من إثبات ما عداه ، وهو ما لا يقبله الفكر السليم لسببين :

(١) راجع : Santoro, cit., p. 463; Bricola, cit., p. 44-50

(٢) راجع : Santoro, cit., p. 463

الأول أن القرائن القانونية فى مجال الإثبات خروج على الأصل العام ، فهى لا تتقرر إلا استثناء وبنص خاص فى القانون ، والثانى أن تقرير القرينة لا يرجع إلى صعوبة إثبات الواقعة وافتراضها تحكماً ، وإنما يرجع إلى قانون الخبرة والتجربة الذى لا خلاف عليه ، أى إلى أن الأمر المفترض هو ما يقع فى الحياة غالباً Id quod plerumque accidit .

٢٣ – (ثانياً) افتراض العلم بالضرر :

لم تعد نظرية «القصد يكمن فى الفعل» أو «الفعل يفترض القصد» تجد لها اليوم أنصاراً يدافعون عنها ، ولكنها مع ذلك لم تطرح تماماً . فقد عاد الفقه والقضاء إلى الأخذ بها بالنسبة لبعض عناصر القصد ، وعلى الأخص بالنسبة لعنصر العلم بالضرر . وتأكد ذلك فى حكمين أصدرتهما محكمة النقض فى مصر ، قضت فى أولهما بأن «العلم المشروط توافره مبدئياً لتحقق الركن الأدبى لجريمة التزوير والذى يتطلب فيه الإحاطة بجميع أركان الجريمة يكفى فيه فى بعض الأحوال أن يكون علماً فرضياً ، وبخاصة فيما يتعلق بالإحاطة بركن الضرر . فإنه لا يشترط أن يعلم المتهم علماً واقعياً فعليا بأن تغيير الحقيقة الذى ارتكبه من شأنه أن يحدث ضرراً ، بل من المتفق عليه أنه يكفى أن يكون فى وسعه ومن واجبه أن يعلم ذلك . ويستوى فى هذا أن يكون عدم علمه ناشئاً عن جهل بالقانون أو جهل بحقيقة الواقع ، إذ أنه يجب أن يتحمل جميع النتائج المترتبة على تغييره الحقيقة التى كان من واجبه وفى وسعه أن يتحرى احتمال حصولها» (٢) . وقضت فى الثانى بأن «العلم فيما يتعلق بعنصر الضرر على الخصوص لا يشترط فيه أن يكون علماً واقعياً فعلياً ، بل من المتفق عليه أنه يكفى لإمكان القول بتوافر هذا العنصر أن يكون فى وسع الجانى أن يعلم أن من شأن تغييره للحقيقة أن يترتب عليه ضرر ، سواء علم ذلك فعلا ، وتصور الضرر مشخصاً أمام بصيرته أم لا . ولا يقبل من الجانى أن يعتذر بعدم

---

(١) راجع : Bricola, cit., p. 42 — 44.

(٢) نقض ١٩٣٣/٥/١ مج ق. ق. جـ ١ ص ٣٤٣ قاعدة ٦٣ .

إدراكه وجه الضرر ، بل إن من واجبه عند مقارفته تغيير الحقيقة أن يقلب الأمر على كل وجوهه وأن يتروى ويستبصر فيما قد يمكن أن يحدث من الضرر من أثر فعله فإن قصر فى هذا الواجب فإن تقصيره لا يدفع عنه المسئولية» (١) .

واقتفى الفقه فى مصر أثر النقض ، فشاع فيه القول بافتراض العلم بما قد ينشأ عن تغيير الحقيقة فى المحرر من ضرر ، سواء علم الجانى ذلك بالفعل أو لم يعلمه نتيجة جهله بالواقع أو بالقانون (٢) .

وقد انساق الفقه والقضاء معاً وراء جارسون ، فأسسا مذهبهما على رأيه فى العلم بالضرر . غير أنهما خلعا على الرأى ثوباً إجرائياً ، إذ إنتقلا به من دائرة قانون العقوبات إلى دائرة قانون الإجراءات (٢) فالرأى المصرى لا يشوه فكرة القصد ، لأنه يستلزم العلم فى كل الأحوال ، ولكنه يفترض هذا العلم متى كان من واجب الجانى وفى وسعه لو تدبر الأمر أن يحيط بنتائج فعله .

وهذا الرأى منتقد ، لأنه تطبيق جزئى لنظرية Dolus in re ipsa ولذلك فإن كل ما وجهناه لهذه النظرية من نقد يصح كذلك بالنسبة لهذا الرأى (٤) . بل إن الرأى المصرى فى صيغته التى قدمتها لنا محكمة النقض

---

(١) نقض ٢٦/٦/١٩٣٣ مج ق.ق. جا ص ٤٣١ قاعدة ٤٢ .

(٢) السعيد مصطفى ص ١٥٤ ، محمود مصطفى ص ١٥٠ ، رمسيس بهنام ص ١١١ ، رؤوف عبيد ص ١٠٢ .

(٣) يلاحظ أن جارسون لم يتحدث عن قرينة العلم هذه ، وإنما اعتبر جريمة التزوير واقعة إذا كان الشخص عالماً باحتمال ترتب الضرر على المحرر المزور وكذلك إذا كان فى وسعه ومن واجبه أن يعلم ذلك .

Nous irions même plus loin : le faux est constitué, non seulement si l'agent a su que l'écrit pouvait causer un préjudice, mais encore s'il a pu et du le savoir — Il devait prévoir toutes les conséquences de l'altération de la verité qu'il commettait sciemment et volontairement Garçon, n. 397.

(٤) انظر فى نقد هذا الرأى أيضاً عبد المهيمن بكير – القسم الخاص ٢٢٠ – ٢٢٢ ورسالته فى القصد الجنائى ص ٢٤٢ – ٢٤٦ .

يبدو أشد إسرافاً وغلواً مما نادى به دعاة نظرية « الفعل يفترض القصد » . فهؤلاء يستنبطون من الفعل قرينة بسيطة على توفر القصد تغنى سلطة التحقيق عن إثباته وتلقى على عاتق المتهم نفيه . ولذلك يقول فتحى زغلول : إن المشتكى لا يلزمه إلا أن يبرهن على صدور الفعل من المتهم ، ولهذا أن يبرىء نفسه إذا أثبت أنه لم يكن فى فعله متعمداً ، لأنه يكون إذن فى حالة استثنائية هو المكلف بإقامة الحجة عليها (١) . أما محكمة النقض ، ومعها الفقه ، فيوصدان فى وجه المتهم هذا الباب ، ويقيمان من فعله قرينة قانونية قاطعة على علمه ، سواء علم حقيقة باحتمال الضرر أو لم يعلم . وهكذا سمح القضاء والفقه لنفسهما أن يبتدعا قرينة قانونية أولا ، وقاطعة ثانياً .

ومن عجب أن محكمة النقض نفسها تقف فى كثير من أحكامها بشدة فى وجه المحاولات التى تبذل لافتراض القصد (٢) . وتصر على وجوب ثبوته ثبوتاً فعلياً . وهى تقول فى حكم لها « إن القصد الجنائى من أركان الجريمة ، فيجب أن يكون ثبوته فعلياً ، ولا يصح افتراضه افتراضاً قد لا يتفق والحقيقة فى واقعة الدعوى » (٣) . وترفض فى جريمة التزوير ذاتها افتراض العلم بتغيير الحقيقة ، وتشترط ثبوت هذا العلم ثبوتاً فعلياً ، فقد قضت بعض أحكامها بأنه «لما كان يلزم فى التزوير توفر علم المتهم بأنه يغير الحقيقة ، وكانت الحقائق القانونية فى المواد الجنائية لا يصح أخذها بالظنون والفروض ، بل يجب أن تكون قائمة على يقين فعلى ، فإن الحكم الذى يقام على القول بأن المتهم من واجبه أن يعرف الحقيقة ، أو أنه كان فى وسعه أن يعرفها ، فيعتبر بذلك عالماً وإن كان لم يعلمها بالفعل ، يكون معيباً واجباً نقضه» (٤) . وظاهر أن الحكم الذى

---

(١) فتحى زغلول : المرجع والموضع السابقان .

(٢) فيما عدا الجرائم الشائنة حيث تفترض العلم على نحو ما تفعله بالنسبة للضرر فى التزوير

(٣) ١٩٤٦/٣/١٢ ، وقد سبقت الإشارة إليه .

(٤) نقض ١٩٤٩/٢/٢٨ مج ق. ج ١ ص ٣٤٥ قاعدة ٧٦ وانظر كذلك نقض ١٩٤٢/٣/١٣ المرجع السابق ص ٣٤٤ قاعدة ٦٤ ونقض ٥٦/١٠/١ مج س ٧ ص ٩٦٢ قاعدة ٢٦٢ .

ألغته محكمة النقض لم يأت فى موضوع القصد بجديد ، فهو لم يزد على أن استعار منطق المحكمة العليا نفسها فى العلم بالضرر ، بل وعباراتها أيضاً ، ثم أعملها بالنسبة للعلم بتغيير الحقيقة . ولكن محكمة النقض لم ترض عن هذا القضاء ، ورفضت أن تسوى بين الأمرين ، ولو شاءت أن تقيم قرينة قانونية قاطعة على العلم بتغيير الحقيقة لما كانت هذه القرينة أكثر شذوذاً من التى استقرت عليها فى العلم بالضرر .

وثبت قضاء محكمة النقض أيضاً منذ صدور قانون قمع التدليس والغش فى سنة ١٩٤١ على وجوب ثبوت علم المتهم بالغش على وجه اليقين لا على سبيل الظن والافتراض (١) . ولم تتحول عن قضائها إلا بعد أن تدخل الشارع فى سنة ١٩٥٥ — ثم فى سنة ١٩٦١ — فأضاف إلى المادة الثانية من هذا القانون فقرة جديدة نص فيها على أنه «يفترض العلم بالغش والفساد إذا كان المخالف من المشتغلين بالتجارة أو من الباعة الجائلين ، ما لم يثبت حسن نيته ومصدر المواد موضوع الجريمة» .

٢٤ — افتراض العلم بالقانون غير الجنائى :

قد تكون الحقيقة التى ينالها التغيير حقيقة قانونية ، كالموانع الشرعية التى يقررها قانون الأحوال الشخصية ويرتب عليها تحريم اقتران رجل معين بامرأة معينة أو بأية امرأة أخرى . وقد يجهل الشخص هذه الحقيقة بسبب جهله بالقاعدة القانونية التى قررتها ، فينكر فى وثيقة الزواج قيام المانع رغم وجوده . وقد رأينا الرأى السائد فقهاً والمعمول به قضاء يعتد بهذا الجهل فى نفى القصد الجنائى وينزله منزلة الجهل بالواقع ، بل إن محكمة النقض عندنا تعتبره جهلا بالواقع ذاته .

فإلى أى حد تصل المساواة بين القوانين غير الجنائية والواقع ؟ هل تصل هذه المساواة إلى أقصى مداها فيجرى على إثبات العلم بتلك القوانين ما يجرى على إثبات العلم بالواقع من أحكام ؟

---

(١) راجع فى هذا الشأن مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ ص ٨٨٨ — ٨٩٢ ، القواعد من ٥٧ إلى ٨٦ .

أجابت محكمة النقض عن هذا السؤال فى حكم لها قالت فيه : « يجب على قاضى الدعوى ألا يقبل الاعتذار بمثل هذا الجهل الا إذا أقام صاحبه الدليل القاطع على أنه تحرى تحرياً كافياً ، وأن اعتقاده الذى اعتقده بأنه يباشر عملا مشروعاً كانت له أسباب معقولة » (١) . ومفاد ذلك أولا : أن سلطة الاتهام غير ملزمة بإثبات علم المتهم بالقوانين غير الجنائية ، وثانياً : أنه لا يقبل من المتهم مجرد الاحتجاج بالجهل بها وإنما عليه أن يثبت هذا الجهل بإقامة الدليل على أنه تحرى الأمر تحرياً كافياً وأنه كان يعتقد أن عمله مشروع .

أما عن الأمر الأول فلا شبهة فى صحة ما قضت به المحكمة ، لأننا إذا كنا عند تطبيق القوانين الجنائية لا نسوى تماماً بين هذه القوانين والقوانين غير الجنائية من حيث العلم ، وإنما نعامل هذه الأخيرة معاملة الوقائع ، فلسنا نصل مع ذلك إلى حد المساواة التامة بين القوانين غير الجنائية والوقائع من حيث الاثبات . فالشخص مأخوذ بالقوانين غير الجنائية فى مجالات تطبيقها ، سواء كان عالماً بها أو غير عالم . ولذلك يبطل عقد الزواج ولو كان عاقداه يجهلان أن قانون الأحوال الشخصية يحرم البناء بالأخوات من الرضاعة أو بعمة الزوجة أو بخالتها .

والأمر الذى لا شك فيه أن مناط الخلاف بين القوانين الجنائية وغير الجنائية لا يتمثل فى افتراض العلم بالأولى والجهل بالثانية ، وإنما ينحصر أولا وأخيراً فى مدى الاعتداد بجهل أحكام كل منهما . أما عن القوانين الجنائية فالإجماع منعقد على عدم جواز الاحتجاج بالجهل بها ، وأما بالنسبة للقوانين غير الجنائية فجمهور الفقه على جواز الاحتجاج بجهلها . واقتصار الخلاف على هذه المسألة له دلالته ومغزاه . فالمرء لا يدفع بجهله أمراً إلا إذا كان العلم به منسوباً إليه ومحسوباً عليه . وذلك ما نراه . فالشخص حين يمثل أمام القضاء الجنائى تصحبه قرينة على علمه بكافة القوانين ، جنائية وغير جنائية . كل ما فى الأمر أن هذه

(١) نقض ١٠/٥/١٩٤٣ مج ق.ق. جـ١ ص ٣٤٩ قاعده ١٠٢ .

القرينة قاطعة بالنسبة للقوانين الجنائية فلا يملك إثبات عكسها ، وأنها بسيطة فى القوانين الأخرى ، يؤخذ بها حتى يقيم الدليل على عكسها . ولذلك لا يلقى عبء اثبات العلم بهذه القوانين على عاتق النيابة — كما هو الشأن فى اثبات الوقائع — ، وانما يلتزم المتهم باثبات جهله بها إذا ادعاه .

أما عن الأمر الثانى فقد رأينا المحكمة العليا ترسم لإثبات الجهل طريقاً محددة ، فلا يكفى لديها مجرد الادعاء وإنما يجب على المتهم أن يثبت أنه تحرى تحرياً كافياً وأن اعتقاده بمشروعية الفعل كانت له أسباب معقولة . ويبدو أن المحكمة تقيس هذه الحالة على حالة الموظف العمومى الذى يأتى بحسن نية ، ومع التزام الشروط الأخرى التى نصت عليها المادة ٦٣ ع عملا يعتقد أنه مشروع . ويعترض بعض الفقهاء على تقييد إثبات الجهل بهذه القيود ، ولا يرون سنداً لاشتراط اقترانه بالتثبت والتحرى وقيامه على أسباب معقولة ، ويكفى فى اعتقادهم أن يكون غلطاً مجردا أى بدون وصف (١) .

والذى نستنتجه من عبارات حكم النقض أن المحكمة لا تقنع بثبوت الجهل وحده ، بل تشترط إثبات الغلط أيضاً . أى أنه لا يكفى لديها أن يثبت المتهم خلو ذهنه تماماً من حكم القانون ، وانما عليه أن يثبت أنه كانت تنطبع فى ذهنه صورة عكسية استقرت فيه بعد التثبت والتحرى وأظهرت له عمله فى مظهر مشروع .

ولقد نقبل منطق النقض بحسبانه طريقة لإثبات الجهل ، لأن الغلط يفضى إليه ، أو هو مظهر من مظاهره ، فإذا ثبت الغلط ثبت الجهل بحكم اللزوم . ولكننا لا نملك التسليم بأن هذه هى الطريقة الوحيدة لإثبات الجهل وأن ما عداها مرفوض . ولذلك فإننا نؤيد الفقه فى اعتراضه على القيد الذى وضعته محكمة النقض فى هذا الشأن ، ونرى جواز كل دليل يصلح لإقناع القاضى بجهل القانون غير الجنائى .

---

(١) عبد المهيمن بكر : القصد الجنائى ص ٢١٤ هامش ٢ ، وانظر على راشد : مبادىء القانون الجنائى ١٩٤٨ ص ٦٢٦ هامش ٢ .

وخلاصة ما تقدم أن العلم بالقانون غير الجنائي — باعتباره عنصراً في القصد — لا يلزم إثباته ، وإنما الاحتجاج بالجهل به هو الذى يقتضى ممن يدفع به أن يثبته ، وله فى سبيل ذلك أن يلجأ إلى كل وسيلة من شأنها إقناع القاضى بصحة مدعاه .

المبحث الثانى

القصد الخاص

٢٥ — **تمهيد** : يذهب الفقه والقضاء فى مصر وفرنسا فى شبه إجماع إلى أن القصد العام وحده لا يستغرق الركن الأدبى فى التزوير ، وإنما يستكمل هذا الركن عناصره حين يقترن القصد العام بنية خاصة تتوفر لدى الجانى . ولهذا يعتبر التزوير جريمة ذات قصد خاص . ويرى الفقه أن هذا القصد مستفاد فى التشريع المصرى من نص المادة ٢١٣ من قانون العقوبات ، فهى تشترط أن يكون التغيير حاصلا «بقصد التزوير» . وهذا القصد ترجمة لكلمة frauduleusement الواردة فى النص الفرنسى للمادة ، ومعناها «بقصد الغش» . والفقه متفق على لزوم هذا القصد فى التزوير المادى المعاقب عليه بالمادة ٢١١ من قانون العقوبات ، وإن لم يذكر صراحة فيها ، لأن القصد فى التزوير لا يتنوع تبعاً لطريقة ارتكابه ، فهو خاص فى التزوير المادى كما هو خاص فى التزوير المعنوى (١) .

غير أن اجماع كلمة الفقه على لزوم القصد الخاص فى التزوير لم يحل دون اختلاف الفقهاء على تحديده . فذهب البعض إلى أنه نية الإضرار بالغير ، وذهب البعض الآخر إلى أنه نية الاحتجاج بالمحرر المزور على أمر ليس للمزور حق فيه ، وقرر آخرون أنه قصد الغش ، أما الرأى السائد فقها والمعمول به اليوم قضاء فيحدده بنية استعمال المحرر المزور فيما زور من أجله .

---

(١) أحمد أمين ص ٢٥٩ و ٢٦٠ ، السعيد مصطفى ص ١٥٥ ، محمود ابراهيم اسماعيل ص ٢٩٠ ، عبد المهيمن بكر ص ٢٢٢ ، جندى عبد الملك ج٢ ص ٤٣١ فقرة ٢١٨ .

٢٦ — أولا : نية الأضرار بالغير :

يرى جانب من الفقه فى فرنسا (١) أن القصد الخاص فى التزوير ينحصر فى نية الإضرار بالغير . ويعللون هذا القصد بأنه نابع من طبيعة التزوير ذاتها ، فاصطناع المحرر أو تغييره ليس فى ذاته إلا عملا تحضيرياً للجريمة ، وهو لا يستمد صفته الإجرامية إلا من الغاية التى يسعى الجانى إلى تحقيقها . فجريمة التزوير لا تقع فى حقيقة الأمر إلا باستعمال المحرر المزور إضراراً بالغير . وإذا كان الشارع قد وسعه أن يعاقب استقلالا على كل من فعلى التزوير والاستعمال ، فقد وجب على الأقل أن يقترن التزوير بنية استعمال المحرر المزور للإضرار بالغير ، وأن تحل هذه النية محل واقعة الاستعمال نفسها . فإن تخلفت هذه النية الخاصة كانت الواقعة مجرد تغيير مادى لا يصلح أساساً لتزوير معاقب عليه . ويرى أنصار هذا الرأى أن نية الإضرار فى التزوير متفق عليها منذ عهد الرومان ، ويقررون أن «قصد الغش» الذى اشتمل عليه القانون الفرنسى الحالى هو عينه «قصد الإساءة والإضرار بالغير الذى كان منصوصاً عليه فى قانون سنة ١٧٩١ faux commis méchamment et à dessein de nuire .

ولا تقتصر نية الإضرار فى فقه هذه النظرية على قصد المساس بالحقوق المالية المقررة للغير ، وإنما تشمل كذلك قصد الإضرار بشرف هذا الغير واعتباره . ويستوى أن تكون المصلحة التى قصد الإضرار بها مصلحة خاصة أو عامة .

وأخذ القضاء الفرنسى بهذا الرأى فى بعض أحكامه ، كما أخذ به القضاء المصرى فترة من الزمن (٢) . غير أنه أصبح اليوم رأياً مهجوراً لا نكاد نسمع له صدى فى الفقه ولا فى أحكام القضاء . وقد انتقده جارو

---

(١) Ghauveau et Hélie, II, p. 350 — 353, n. 600—662; Blanche, III, n. 147 : Donnedieu De Vabres, Essai sur la notion du préjudice dans la théorie générale de faux, 1943, p. 213,

(٢) استئناف مصر ١٩٠٠/٤/١٨ المجموعة الرسمية س ١٤ رقم ٥٧ ، ١٩١٣/٢/١٥ المجموعة الرسمية س ٧ رقم ٤١ ، أسيوط الابتدائية ١٩٢٥/١١/٢٤ المحاماه س ٦ ص ١٥٨ رقم ١١١ ، مصر الابتدائية ١٩٢٧/٢/٢٤ المحاماه س ٧ ص ٥٩٣ رقم ٣٩٥ .

فوصفه بأنه غير دقيق لأنه يضيف إلى القانون ما ليس منه . فالقانون لا يشترط سوى «نية الغش» ، ولا يذهب إلى أبعد من ذلك مدى . والواقع أن الشخص إذا ارتكب تزويراً فإنه لا يضع نفسه موضع من قد يناله الضرر ، وإنما هو ينظر إلى الأمر من وجهة نظره الشخصية ، بل إنه قد يقدم على التزوير أحياناً وليس لديه قصد المساس بأحد على الإطلاق وإنما ينحصر كل همه فى تحقيق منفعة غير مشروعة لنفسه أو لغيره . ومثال ذلك من يغير الحقيقة ليفلت من الخدمة العسكرية ، فهو لا يبغى الإضرار بأحد بل الخلاص من واجب الخدمة ذاته ، كذلك من يزور للتخلص من مراقبة البوليس أو للحصول على وظيفة ، فإنه لا يريد سوى تحقيق وضع أفضل لنفسه ، ولا يهدف إلى الإضرار بأحد (١) .

وهذا النقد فى تقديرنا ليس حاسماً ، ومن الممكن المجادلة فيه .

وكان الرأى خليقاً بأن يكون أقل استهدافاً للنقد لو أن شوفو وهيلى وبلانش لم يجعلوا وقوع الضرر أو احتمال وقوعه ركناً أو عنصراً فى الركن المادى فى جريمة التزوير (٢) . ولكنهم سلموا بذلك وما كان لهم بعد هذا أن يعمدوا إلى نية الإضرار فيتخذوها قصداً خاصاً . إن اعتبار الضرر من عناصر التزوير يؤدى حتما ، وبحكم القواعد العامة إلى انسحاب القصد العام عليه ، فما جدوى اشتراط نية الإضرار بعد ذلك واعتبارها قصداً خاصاً ؟ .

قد يرد على ذلك بأن القصد العام يتوافر ولو كان المزور غير متيقن من حصول الضرر ما دام قد توقع حصوله ، أما القصد الخاص فلا يتحقق إلا إذا اتجهت إرادة المزور إلى الضرر مباشرة ، أى إلا إذا كان هذا الضرر هو الغرض المباشر من التزوير . وبذلك تبدو قيمة الرأى فى تقدير أصحابه .

---

(١) راجع Garraud, III, p. 574, 575, n. 1047 ؛ نقض مصرى ١٨/١/١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص١٩٣ قاعدة ١٥٢ .

(٢) راجع Chauveau et Hélie, II, n. 641 ; Blanche III, n. 123

وذلك بالضبط هو ما نسعى إلى الوصول اليه ، وهو فى الوقت عينه نقطة الضعف فى الرأى . فبهذه الإجابة تهدم النظرية نفسها من حيث لا تدرى . إن أبرز جوانب الضعف فيها أنها تسلم باعتبار الضرر محلا للقصد العام فى جريمة التزوير ، ثم تجعله فى الوقت نفسه قصداً خاصاً فيها . وهى بذلك تعتقد أنها اهتدت إلى قصد خاص حقيقى فى حين أن كل ماصنعته أنها دارت فى مكانها حول نفسها ثم عادت تقول لنا فى صيغة أخرى إن القصد الجنائى فى التزوير قصد عام ، ولكنه قصد مباشر ، ومن الدرجة الأولى . تلك هى الحقيقة وإن كستها النظرية ثوباً جديداً ، لأنه لا يكفى — فى منطقها — أن يكون من غير الحقيقة قد توقع احتمال حدوث الضرر ، بل يجب أن يكون تحقيق هذا الضرر هو هدفه المباشر من تغيير الحقيقة .

وعلى ضوء هذه الملاحظة تتحدد قيمة النظرية . فهى لم تقدم لنا قصداً خاصاً ، ولكنها شوهت فكرة القصد الخاص والعام معاً . فالقصد الخاص — كما يرى جمهور الفقه — يتألف من عناصر القصد العام جميعاً ، ويزيد عليها عنصراً جديداً هو مناط الخصوصية فيه . ففى القصد الخاص تتعلق الإرادة بواقعة ليست من أركان الجريمة ، أى أن الجانى يقدم على ارتكاب الفعل لكى يحقق غاية معينة لا يتوقف وجود الجريمة على تحققها فعلا ، لأنها تقع خارج حدود العناصر المادية المكونة لها (١) . ولكن النظرية المنتقدة تجعل الإضرار بالغير غاية فى التزوير ، وفاتها أن الضرر من عناصره وأن القصد العام يشمله ، فهو لا يصلح أن يكون غاية يقوم عليها القصد الخاص .

(١) راجع Antolisei, parte generale, p. 253, Ranieri, Manuale di diritto penale, 1956, p. 277, رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائى ص٧٥٦ ، نجيب حسنى — شرح قانون العقوبات — القسم العام ص٧٥٤ و ٧٥٦ «فالضابط المميز للقصد الخاص هو امتداده إلى أبعد مما تمتد إليه ماديات الجريمة. ونعتقد تطبيقاً لذلك أن جريمة القتل العمد لا تتطلب قصداً خاصاً . ذلك أن نية ازهاق الروح ليست غير الإرادة المتجهة إلى إحداث الوفاة ، والوفاة هى النتيجة الإجرامية فى القتل ، أى أنها جزء من ماديات هذه الجريمة ، فإن اتجهت الإرادة إليها فهى إرادة متجهة إلى أحد عناصر الجريمة ، ومن ثم لا يقوم بها سوى القصد العام» .

وأما أنها شوهت فكرة القصد العام فلأنها حدت من نطاقه ، وسلبته قدراً من سلطانه ، وأنكرت قيامه فى بعض حالاته ، وإن لم تسم الأشياء بأسمائها . وإلا فيم نفسر نفيها للركن المعنوى حين يثبت أن من غير الحقيقة قد توقع حصول الضرر من فعله ، ومع ذلك لم يحجم عن الإقدام عليه ؟ أليس معنى ذلك أن توقع النتيجة لا يكفى لقيام القصد ، وأن هذا القصد لا يقوم إلا إذا اتجهت الإرادة مباشرة إلى إحداث الضرر وباعتباره هدفها الأصيل ؟ وهنا يتجلى خطأ «نية الإضرار» ، لأنه فى فقه نظرية القصد لا فرق بين قصد مباشر وآخر غير مباشر (١) .

ولهذا السبب تبدو نظرية «دوفابر» أكثر تماسكاً ، لأنها تتلافى ما وجهناه من نقد إلى شوفو وهيلى وبلانش . فعلى الرغم من أن دوفابر يتفق معهم فى أن القصد الخاص فى التزوير هو نية الإضرار بالغير ، إلا أنه كان أكثر حذراً ، إذ مهد لنظريته الطريق بإزاحة الضرر من بين العناصر المادية للجريمة ، واستبقاه قصداً خاصاً فيها (٢) . وهذا التصوير من حيث الصياغة الفنية سليم . وإذا كان هناك نقد يمكن توجيهه إلى دوفابر ، فهذا النقد لا ينصب أساساً على نظريته فى القصد الخاص ، وانما ينصب على نظرته إلى الضرر . فالضرر — كما رأينا — عنصر أصيل فى جريمة التزوير يشغل مكانه بين العناصر المادية للجريمة ، فلا يقع التزوير إلا إذا ترتب عليه وقوع ضرر بالغير أو كان وقوع هذا الضرر محتملا . ولا يمكن أن يكون الضرر مجرد قصد خاص فى التزوير ، وإلا شمل العقاب أفعالا لا يصح العقاب عليها . ولهذا يجمع الفقه والقضاء على أن تغيير الحقيقة الذى ليس من شأنه الإضرار بأحد لا يعد تزويراً مهما ساءت نية المزور أو انصرف قصده إلى الإضرار بالغير (٣) .

---

(١) نجيب حسنى — القصد الجنائى (القسم الثانى) ص ١٥١ و ١٩٦ ، عبد المهيمن بكر — القصد الجنائى ص ١٥٧ ، رمسيس بهنام — النظرية العامة ص ٧٤٤ ومابعدها — وانظر نقض ١٩٣٠/١٢/٢٥ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ١٦٨ قاعدة ١٣٥ .

(٢) راجع De Vabres, Essai, cit., p. 231

(٣) Carrara, n. 3667, Garçon, n. 92

٢٧ — (ثانياً) **نية الاحتجاج بالمحرر المزور كدليل مخالف للقانون :**

أقام جارو هذه النظرية بعد أن أسهم فى إثبات فساد «نية الإضرار» كقصد خاص فى جريمة التزوير . ومناط القصد الخاص عنده هو نية الاحتجاج بالمحرر المزور كدليل مخالف للقانون La volonté de faire valoir comme preuve contre le droit un document que l'on sait mensonger

ويوضح جارو هذا الرأى : (١) بأنه يشترط لقيام النية الخاصة أن يكون المزور قد غير الحقيقة كى يحقق من وراء تغييرها منفعة غير مشروعة، سواء كانت هذه المنفعة ذات طبيعة مالية أو أدبية ، (٢) وأنه لا يلزم أن تكون نية الجانى قد اتجهت إلى تحقيق هذه المنفعة لنفسه ، بل يصح أن يكون منتوياً تحقيقها لمصلحة غيره ، سواء كان هذا الغير فرداً أو جماعة أو المجتمع كله ، ولو كان المزور غير مبتغ لنفسه مصلحة شخصية ، لأن الغاية لا تبرر الواسطة ، (٣) وأنه لا عبرة بتحقق الغاية التى سعى إليها المزور أو بتخلفها ، وإنما العبرة بقيام هذه النية لديه وقت تغيير الحقيقة (١)

وهذا الرأى يتمشى مع نظرية جارو فى المحرر ، فهو يشترط فيه أن يكون صالحاً لأن يتخذ دليلا . وقد أخذ القضاء المصرى بهذا الرأى فى بعض أحكامه (٢) .

وينتقد الفقه رأى جارو بأنه يقرن القصد الخاص بفكرة الإثبات ، وهو أمر غير مسلم به من جمهور الفقهاء (٣) . ولذلك فإن هذا القصد لا يمكن قبوله منفصلا عن رأى صاحبه فى موضوع المحرر .

ويمكننا أن نضيف إلى ما تقدم أن تفسير قصد الغش بأنه نية الاحتجاج بالمحرر المزور كدليل لتحقيق منفعة غير مشروعة للجانى نفسه أو لغيره ،

---

(١) Garraud, cit., n. 1048

(٢) نقض ١٩٣١/١/١٨ مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ ص ١٩٢ رقم ١٥٢ .

(٣) راجع السعيد مصطفى ص ١٥٧ و ١٥٨ .

ليس إلا اجتهاداً في التأويل . فقصد التزوير أو قصد الغش إن كان يتسع لهذا التفسير فإنه يتسع كذلك لغيره . ولئن كان الغالب في المزور أنه يضع هذه المنفعة نصب عينيه ولا يعنيه سواها ، فإن من تجاهل الواقع إطلاق حكم في هذا الشأن ينفي ما عدا هذه المنفعة من غايات . فالشخص قد يقدم على التزوير غير طامع في كسب ولا ناظر إلى نفع ولكن مدفوعاً بالرغبة المجردة في إلحاق الأذى بالغير .

٢٨ — (ثالثاً) نية الخداع :

ويقصد بها نية إيهام الغير بصحة المحرر المزور . ويقرر جودبي أن هذا هو مذهب القانون الإنجليزي (١) . ويضرب لذلك أمثلة منها اعتبار الشخص مزوراً إذا أرسل برقية لآخر ووقع عليها بإمضاء مزور بحيث يظن من يطلع عليها أنها مرسلة من شخص غير مرسلها الحقيقي ، ولو كان المزور لم يقصد بذلك غير الاستمتاع بخداع من أرسل البرقية إليه (٢) ويبدو أن جودبي يرى الأخذ بهذا الرأي في التشريع المصري ، فهو يرى أن قصد الغش منصوص عليه صراحة في المادة ١٨١ من قانون العقوبات (وهي المادة ٢١٣ حالياً) وأن هذا القصد مفهوم ضمناً من لفظ «زور» المنصوص عليه في المادتين ١٧٩ (٢١١) و١٨٣ (٢١٥) . وينتقد جودبي مسلك القضاء المصري في بعض أحكامه التي قضى فيها بالبراءة من التزوير لتخلف القصد الجنائي ، ويظهر من طريقته في هذا النقد أن قصد الخداع كان كافياً في اعتقاده لحمل قضاء الإدانة . فهو ينتقد حكم النقض الذي قضى بألا عقاب على من يرتكب تزويراً في قسيمة توريد صادرة من محكمة بتغيير قيمة النقود واسم الدافع بقصد إصلاح ذات البين بين والده وصهره

---

(١) Goadby, cit.,577. "The English Common law requires that to constitute forgery, the accused must have an intention to defraud, i.e. to prejudice someone by inducing him to alter (or to abstain from altering) his rights, though not necessarily to his pecuniary loss . But mere intention to deceive, i.e. to pass the document off as geniune, is made sufficient in many cases of statutory forgeries.

(٢) Goadby cit., 547.

بدون وجود سوء قصد ولا نية إلحاق ضرر (١) ، ويرى أن هذا الحكم أغفل ما توافر لدى المتهم من نية إظهار المحرر المزور فى مظهر المحرر الصحيح ، وأغفل كذلك الضرر المحتمل من هذا التزوير ، على الأقل بالنسبة للموظف الذى صدر المحرر عنه (٢)

ولسنا ننازع فى أن قصد الغش يتسع لقصد الخداع ، فالغش والخداع فى اللغة مترادفان ، وهما فى الواقع وجهان لحقيقة واحدة . ولكن تحديد القصد الخاص فى التزوير بأنه قصد الخداع يجرد هذا القصد من كل قيمة ويجعله مجرد شكل لا مضمون له . فالخداع من طبيعة التزوير ، لأن التزوير كما عرفناه فى البداية هو تحسين الكذب ، وذلك هو الخداع . ولم يخطىء جودبى حين أكد أن معنى الخداع كامن فى لفظ التزوير ذاته ، سواء نص القانون على ذلك صراحة كما فعل فى المادة ٢١٣ (الأصل الفرنسى لها) أو أغفل النص عليه كما سلك فى سائر المواد . ولهذه العلة قررنا أن التزوير المفضوح لا عقاب عليه ، لأنه لا يخدع أحداً . وفى إيطاليا يشترط بعض الشراح فى جريمة التزوير نية الخداع . intentio decipiendi ولا يرون فى ذلك تعارضاً مع قولهم بأن التزوير جريمة ذات قصد عام لا حاجة فيها إلى القصد الخاص (٣) .

٢٩ — (رابعا) نية استعمال المحرر المزور فيما زور من أجله : يجمع الفقه المصرى فى الوقت الحاضر ، وتجرى أحكام القضاء باطراد على أن النية الخاصة فى التزوير هى نية استعمال المحرر المزور فيما زور من أجله (٤). وتعلل هذه النية بأن التزوير فى ذاته ليس إلا عملاً تحضيرياً لجريمة الاستعمال

---

(١) نقض ١٩١٣/٢/١٥ وتقدمت الإشارة اليه .

(٢) Goadby, p. 577

(٣) Manzini, VI, n. 2268; Mirto, p. 491—498

(٤) أحمد أمين ص ٢٥٨ ، السعيد مصطفى ص ١٥٨ ، محمود ابراهيم اسماعيل ص ٢٨٦ ، محمود مصطفى ص ١٥١ ، رمسيس بهنام ص ١١١ ، رؤوف عبيد ص ١٠٢ ، عبد المهيمن بكر ٢٢٣ ، فتحى سرور ص ٣٨٤ .

التى هى مقصودة أصلا من جانب المزور . ولكن الشارع لم يعلق العقاب فى التزوير على فعل الاستعمال ، بل جعله جريمة مستقلة . غير أنه لم يجعله جريمة قائمة بذاتها إلا إذا ثبت أن الجانى فعل ما فعل بنية الوصول إلى الغرض الأصلى وهو استعمال الأشياء المزورة . وإلا فالتزوير فى ذاته لا خطر فيه لو أنه جرد من هذه النية . فالشارع وإن كان قد فصل التزوير عن الاستعمال إلا أنه فيما يتعلق بالركن الأدبى راعى الارتباط القائم بينهما فى ذهن الجانى ، وهو لذلك يتطلب أن يكون قصد الفاعل غير مقصور على نية التزوير ،وإنما يمتد إلى ما هو أبعد من ذلك ، وهو الاستعمال الذى هو الغرض الأصلى (١) .

ويفرق هذا الرأى بين نية الاحتجاج ونية الاستعمال . فالاحتجاج فيه معنى التدليل وعنصر الإثبات ، أما نية الاستعمال فتشمل كل الفروض التى تتردد فى ذهن الجانى ، سواء أكان غرضه من التزوير استخدام المحرر كدليل يستند اليه فى محاولة الحصول على ميزة أو حق يأبى القانون أن يمنحه إياه أو يعترف له به ، أم كان غرضه استعمال المحرر فيما زور من أجله لأغراض أخرى ، كمجرد الإساءة إلى سمعة إنسان ، أو النيل من اعتباره ، أو التأثير فى مركزه الاجتماعى أو الاقتصادى ، بغير أن يهدف المزور من وراء ذلك إلى إثبات حق له (٢) .

وصاحب هذا الرأى هو جارسون . وقد حدد النية الخاصة فى التزوير بأنها علم الجانى أو قدرته على العلم بإمكان استخدام المحرر المزور فيما زور من أجله . أما إذا كانت الظروف المحيطة به وقت تغيير الحقيقة قد حملته على الاعتقاد بأن المحرر المزور سيظل سراً خفياً ومجهولا ، وأنه لن يستعمل على الإطلاق ، ولن يترتب عليه ضرر بأحد ، فإنه لا يكون قاصداً ارتكاب التزوير بشروطه التى نص عليها القانون ، ولهذا يتخلف القصد الجنائى فى جانبه (٣) . ويضرب جارسون — توضيحاً لرأيه — هذا المثال :

---

(١) السعيد مصطفى ص ١٥٨ و ١٥٩ .

(٢) محمود ابراهيم اسماعيل ص ٢٨٦ و ٢٨٧ .

(٣) Garçon, n.398.

لو أن أستاذاً أراد أن يوضح لتلاميذه ما يجب أن تشتمل عليه بعض الأوراق من بيانات ، فاصطنع إقراراً بدين ، أو وصية ، أو سنداً تحت الإذن ، ووقع فى ذيله باسم شخص معروف ، ثم وقع هذا المحرر قبل أن يمزقه الأستاذ بين يدى شخص فاستعمله ، فإن الأستاذ لا يعد مرتكباً جريمة تزوير ، لأنه لم يرد على خاطره أبداً أن المحرر المزور سيستخدم فى غرض إجرامى ، وهو لم يحرره بقصد هذا الاستعمال الذى لم يتوقعه (١) .

وقيمة هذا الرأى عندنا أنه صادر عن جارسون . ولكنا مع ذلك نراه رأياً غير صحيح وإن كثر أنصاره وأصبح اليوم من المسلمات فى القضاء .

وأول ما نأخذه عليه أنه يصور القصد الخاص تصويراً يتجافى مع طبيعته . فالقصد الخاص يطوى القصد العام فى ثناياه ، ثم هو يربو عليه . ومناط الخصوصية فيه هو النية الخاصة . وهذه النية غاية يتمثلها الشخص فى ذهنه ثم يتعلق بها هواه ، فتكون باعثاً يدفعه ويحرك إرادته إلى ارتكاب الفعل (٢) . فهى عند تحليلها تسفر عن علم وإرادة (٣) .

فأما عن العلم فيها فإنه علم حقيقى . ذلك أمر لازم فى القصد الخاص لزومه فى القصد العام . فإمكان العلم لا يصلح أساساً للقصد — أيا ما كان نوعه — لأنه ليس علماً ، وإنما هو حكم تقديرى غير مستمد من نفس من أسند العلم اليه ، ولكنه قائم على أسس موضوعية مبناها التحكم . ولا يمكن بأية حال أن يعد عالماً من كان بوسعه أن يعلم ثم لم تتح له فرصة العلم فعلا . ولسنا نتصور اللحظة كيف تنعقد نية امرىء على أمر يجهله . ولكن جارسون يسلم بتوافر نية الاستعمال لدى من كان باستطاعته العلم بأن المحرر المزور قد يستعمل فيما زور من أجله ، سواء أحاط بذلك علماً أو لم يحط (٤) .

---

(١) Garçon, n. 404

(٢) رمسيس بهنام : فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية ، ص ٥٢ و ٧٢ والنظرية العامة للقانون الجنائى ص ٧٥٥ و ٧٥٦ ، عبد المهيمن بكر — القصد الجنائى ص ٣٠٢ .

(٣) نجيب حسنى — شرح قانون العقوبات — القسم العام ص ٧٥٥ .

(٤) يرى جارسون أنه إذا اصطنع شخص وصية على سبيل المداعبة ، ثم أهمل فى اتخاذ الاحتياطات التى تحول دون وقوعها فى يد شخص له مصلحة فى استعمالها ، وكان فى وسعه أن يتوقع ذلك ، فإن النية الخاصة تكون متوفرة لديه . فقرة ٤٠٣ .

أما عن الإرادة فلها فى القصد الخاص طابع مميز . ومن الفقهاء من يرى أن القصد الخاص لا يختلف فى طبيعته عن القصد العام ، فكلاهما علم وإرادة ، ولكنهما يختلفان فى الموضوع الذى يتعلق به العلم والإرادة ، فهو فى القصد الخاص أوسع نطاقاً منه فى القصد العام (١) . وهذا الرأى صحيح فى أساسه بالنسبة للقصد الخاص ، ولكنه مع ذلك فى حاجة إلى مزيد من التحديد . فأنصار نظرية الإرادة يكفيهم — لقيام القصد العام — أن تتعلق الإرادة بالنتيجة على أى وجه . سواء تم ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر . وهذا التعميم لا يصدق بالنسبة للقصد الخاص ، إذ تملى طبيعته أن يكون تعلق الإرادة بالنتيجة البعيدة تعلقاً مباشراً ، فالغاية لا تنتقل من دائرة التخيل إلى دائرة النية إلا إذا كان تحقيقها هو محرك القرار الإرادى الذى أقدم الشخص على اتخاذه . وإذا جاز أن يكون للقصد غير المباشر دور فى نظرية القصد الجنائى فمجاله القصد العام لا النية الخاصة . فالقصد العام وحده هو الذى يصح أن يكون احتمالياً ، أما النية الخاصة فلا يصح ذلك فيها ، لأنه ضد المنطق وما تقضى به البداهة ، إذ لا يمكن أن يتوقع الشخص نتيجة معينة يتمخض عنها فعاله ، ثم يرتكب الفعل مستوياً لديه حصولها أو تخلفها ، ومع ذلك توصف هذه النتيجة بأنها كانت غايته التى حفزته على إتيان هذا الفعل . ولكن جارسون يكتفى فى نية الاستعمال بالعلم وحده ، سواء أيدت الإرادة هذه النية أو تخلت عنها ، مع أن العلم لا يتضمن حتما أن تكون النتيجة المعلومة باعثاً للجانى ، فمن النتائج ما يعلم الشخص بها ولا تكون باعثاً له أو غاية (٢)

كذلك فان رأى جارسون بالنسبة لهذا القصد غير مانع . فصيغته فضفاضة تجرده عند التطبيق من كل قيمة . وقد حرص جارسون على أن يجنب رأيه ما تعرضت له الآراء السابقة عليه من نقد ، فاكتفى بنية الاستعمال كغاية أساسية ، ولم يشأ أن يتجاوزها إلى الغايات الأخرى التى يعقدها

---

(١) نجيب حسنى — المرجع والموضع السابقان .
(٢) عبد المهيمن بكر — القصد الجنائى ص ٣٠٢ .

المزور على هذا الاستعمال ، سواء كانت إنزال ضر أو تحقيق نفع . ولكن هذه الصيغة الجديدة تحمل فى طياتها من المثالب أكثر مما كانت تحمله الآراء السابقة . فالأصل أن من يزور محرراً يبغى استعماله ، ما لم يكن يلهو فيما بينه وبين نفسه . وفيما عدا هذه الصورة النادرة يتحقق القصد الخاص — بمنطق جارسون نفسه — فى كل حالات التزوير ، حتى فى الأمثلة التى ضربها للتدليل على تخلف هذا القصد . ولنأخذ مثال الأستاذ الذى اصطنع المحرر ثم وقعه باسم شخص معروف لديه ليشرح لتلاميذه طريقة تحريره ، أليس الأستاذ قد اصطنع المحرر «ليستعمله» فى الغرض الذى زوره من أجله ، وهو التعليم ؟ وفى حالة من يصطنع وصية على سبيل المفاكهة أو التباهى بالثراء المنتظر ، ألم يهدف إلى «استعمال» الوصية المزورة فى الغرض الذى من أجله زورها ؟ ومن يزور محررا لكى يثبت للغير براعته فى تقليد الخطوط ، ألم يقصد استعمال المحرر المزور فى الغرض الذى من أجله عمد إلى التزوير ، وهو تأكيد قدرته على التقليد والمحاكاة ؟ إن قيل إن أحداً من هؤلاء لم يقصد الإضرار بغيره فقد تجاوزنا نية الاستعمال إلى الغاية منه ، فأصبحت هذه الغاية الأخيرة ، وليست نية الاستعمال ، هى النية الخاصة ، وعدنا بذلك إلى الرأى الأول . وإن قيل إنه لم يبغ الحصول من التزوير على منفعة غير مشروعة ، فقد وقعت النظرية فى الخطأ نفسه وعادت إلى الرأى الثانى . وإذا اكتفينا بنية الاستعمال المجردة ، فبأى منطق ننفى القصد الخاص ما دامت نية الاستعمال قائمة ؟

وإذا أغفلنا جدلا أوجه النقد السابقة ، فإن النظرية بصيغتها القائمة تبدو لنا عديمة الجدوى . فما دمنا قد جعلنا وقوع الضرر أو احتمال وقوعه عنصراً فى جريمة التزوير ، ودفعنا به تبعاً لذلك إلى مجال القصد الجنائى ، فلسنا نرى مبرراً بعد هذا لاشتراط نية الاستعمال . ويرى الدكتور القللى بحق «أنه من تحصيل الحاصل اشتراط قصد الاستعمال ، لأن الاستعمال مفروض بحكم لزوم الضرر ، إذ هو الوسيلة إليه . فالقول بكون المحرر يترتب عليه ضرر ، معناه كون المحرر يستعمل فيترتب عليه ضرر . وإرادة

الجانى للفعل مع علمه بالضرر تتضمن حتما إرادة الاستعمال (١) . والدليل القاطع على عدم جدوى هذه النظرية أن كل النتائج التى رتبها الفقه والقضاء عليها يسهل الوصول إليها دون حاجة إلى الاستعانة بها . فحيث تكتمل العناصر المادية للتزوير ثم تثبت لدى المزور نية الاستعمال ، فإن العلم بوقوع الضرر أو باحتمال وقوعه بسبب هذا الاستعمال يكون متوفراً لديه بطبيعة الحال . وهذا العلم — مضافاً إليه العلم بعناصر الجريمة الأخرى — كفيل بترتيب مسئوليته الجنائية بغير حاجة إلى الاستعانة بنية الاستعمال . أما إذا استبعد الجانى من ذهنه تماماً عند التزوير نية الاستعمال ، فإن العلم بالضرر لا يتوفر لديه بداهة ، لأنه حيث لا يقصد الاستعمال لا يتوقع الضرر . وهنا تسقط عنه المسئولية الجنائية لتخلف القصد العام لا لتخلف القصد الخاص . ومما يؤكد عدم جدوى هذه النظرية أنها تجعل النية الخاصة تدور مع القصد العام وجوداً وعدما ، فهى تثبت إن ثبت وتتخلف حين يتخلف ، وليس هذا عهدنا بالقصد الخاص .

٣٠ — **هل القصد الخاص من طبيعة التزوير** ؟ القصد الخاص إما أن يكشف النص عنه صراحة أو ضمناً ، وإما أن تشف عنه طبيعة الجريمة ذاتها . وإذا عدلنا مؤقتاً عن التماس القصد الخاص فى التزوير بين نصوص القانون ، فهل يسعنا أن نلتمس هذا القصد فى طبيعة الجريمة ذاتها ؟

هذا ما يؤكده بعض الفقهاء ، بدعوى أن التزوير ليس غاية فى ذاته ، إذ لا ينبعث منه الضرر مباشرة ، وإنما ينشأ الضرر عن استعمال المحرر المزور . فالتزوير فى حقيقته ليس إلا عملا تحضيرياً لجريمة الاستعمال . وإذا كان الشارع قد فصل بين الفعلين وعاقب على كل منهما استقلالا ، فقد كان من الضرورى أن يظل التزوير محتفظاً بما ينم عن تبعيته الأولى لفعل الاستعمال . ولا سبيل إلى التعبير عن ذلك إلا عن طريق القصد الخاص.

---

(١) القللى — المرجع السابق ص ١٥٦ .

وهذا المنطق مرجوح من أساسه . فالقانون يعاقب على حمل السلاح وعلى صناعة المفرقعات وعلى حيازة المخدرات وإحرازها ، وهى أفعال لا يترتب عليها الضرر فى ذاتها ، وإنما ينشأ عن استعمالها . ومع ذلك لم يقل أحد بأن طبيعتها تحتم أن تكون جرائم ذات قصد خاص ، بل المسلم به أن البواعث التى تدعو إليها تقبع خارج منطقة القصد ، ولا يعدو أثرها توجيه القاضى عند تحديد مقدار العقاب . فلم تشذ جريمة التزوير عن غيرها من الجرائم التى تتفق معها فى طبيعتها ، ولم تنفرد دونها بقصد خاص تنعكس الجريمة الأصلية على صفحته ؟

ولو صح أن القصد الخاص من طبيعة التزوير لما وجدنا أصحابه منشقين على أنفسهم على نحو ما مر بنا ، ولوجب أن تتفق كلمتهم على قصد محدد ، كما هو الحال فى جريمة السرقة . ولكن اختلاف الفقهاء فيه دليل على أنه ليس أمراً تقضى به البداهة أو طبائع الأشياء ، بل هو أمر تلعب الصنعة فيه دورها الكبير . وإن شئنا دليلا على صحة هذا الاستنتاج فحسبنا استعراض بعض التشريعات الأجنبية للتعرف على موقفها من القصد الجنائى فى التزوير :

فالقانون الإيطالى يكتفى بالقصد العام فى تزوير المحررات الرسمية ، سواء كان الجانى موظفاً عاماً أو فرداً عادياً (م ٤٧٦ — ٤٨٤) . أما بالنسبة للمحررات العرفية فإنه يشترط أن يقع التزوير بقصد تحقيق منفعة للمزور أو لغيره ، أو بقصد إلحاق الضرر بالغير (م ٤٨٥) .

Al fine di procurare a se o ad altri un vantaggio a di recare ad altri un danno.

والقانون الألمانى يكتفى بالقصد العام فى تزوير المحررات الرسمية ، سواء كان المزور موظفاً عاماً مختصاً أو شخصاً عادياً (م ٣٤٨ و ٢٧١) ، ويشدد العقوبة إذا وقع التزوير بقصد تحقيق منفعة مالية للجانى أو لغيره أو بقصد الإضرار بالغير (م ٢٧٢)

en vue de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage pécuniaire ou de préjudicier autrui.

أما في المحررات العرفية فيشترط أن يقع التزوير بقصد التدليس في الروابط القانونية

dans le but d'introduire le dol dans les rapports juridiques.

والقانون السوفيتي يشترط في تزوير المحررات الرسمية الذي يقع من موظف عام أن يكون بقصد الكسب المادي أو لبواعث شخصية (م ١٥٧) .

dans un but vénal ou pour des mobiles personnels.

ويشترط القانون الفنلندي في تزوير المحررات الرسمية أن يكون الفعل قد ارتكب بقصد تحقيق كسب مادي للجاني أو لغيره أو بقصد الإضرار بالغير (م ٣ من الباب السادس والثلاثين الخاص بالنصب والتزوير)

dans l'intention de se procurer o de procurer à un tiers un profit matériel quelconque, ou dans l'intention de nuire à autrui.

ويشترط هذه النية أو تلك أيضاً في تزوير المحررات العرفية فضلا عن واقعة الاستعمال (م٥) .

أما القانون اليوناني فإنه يكتفي بالقصد العام في تزوير المحررات الرسمية إذا وقع من موظف مختص بتحريرها أو أمين عليها أو حائز لها بحكم وظيفته على أي وجه (م ٢٤٢ /١ و ٢) . وتشدد العقوبة إذا ارتكب الفعل لتحقيق منفعة غير مشروعة للجاني نفسه أو لغيره ، أو بقصد الإضرار بالغير بدون وجه حق (م ٢٤٢/٣) .

dans le but de se procurer à lui même ou de procurer à autrui un profit illicite ou de nuire illégalement à un tiers

أما بالنسبة للمحررات العرفية فإنه يشترط للعقاب على التزوير فيها أن تكون نية المزور قد انصرفت إلى استعمال المحرر المزور لغش الغير في أمر من شأنه أن يرتب آثاراً قانونية (م ٢١٦/ ١) .

dans le but d'utiliser pour tromper quelqu'un sur un fait pouvant entrainer des conséquences juridiques

ويشدد العقوبة إذا ارتكب التزوير لتحقيق منفعة مالية للجاني أو لغيره

وكان يترتب عليها ضرر بالآخرين ، أو إذا ارتكب بقصد الإضرار بالغير (م ٢١٦/٣) .

dans l'intention de se procurer ou de procurer à autrui un avantage pécuniaire causant un préjudice à un tiers ou dans l'intention de lui causer un préjudice.

أما القانون الأسبانى فإنه يكتفى بالقصد العام فى تزوير المحررات الرسمية (م ٣٠٢ و ٣٠٣) ، أما فى المحررات العرفية فإنه يشترط أن يكون التزوير قد ارتكب إضراراً بالغير أو بقصد إلحاق الأذى به (م ٣٠٦)

au préjudice d'un tiers ou dans le but de lui causer un dommage.

فالتشريعات الأجنبية لا تقف من القصد فى التزوير موقفاً واحداً ، وإنما يفرق معظمها بين تزوير المحررات الرسمية وتزوير المحررات العرفية ، فيكتفى بالقصد العام فى الأول ويشترط قصداً خاصاً فى الثانى ، وقد يضيف بعضها نية خاصة لتشديد العقوبة فى تزوير المحررات الرسمية . وحيث تستلزم التشريعات الأجنبية لوقوع التزوير قصداً خاصاً نرى هذا القصد يتنوع إلى حد كبير . فمنها ما يشترط قصد الإضرار ، ومنها ما يشترط قصد الكسب ، وهذا الكسب فى بعض التشريعات يكون مادياً وفى البعض الآخر يكون مادياً أو أدبياً على السواء ، ومنها ما يشترط قصد الإضرار أو قصد الكسب ، ومنها ما يشترط قصد الكسب إذا كان يترتب على هذا الكسب إضرار بالغير ، ومنها ما ينص على البواعث الشخصية ، ومنها ما يكتفى بنية الغش فى الروابط القانونية ، وبعضها يشترط نية استعمال المحرر المزور لغش الغير فى أمر من شأنه أن يرتب آثاراً قانونية . فهل يصح بعد هذا أن يقال إن القصد الخاص فى التزوير يستمد وجوده من طبيعة الجريمة ذاتها ؟

٣١ ـ ليس للقصد الخاص فى جريمة التزوير سند قانونى فى التشريع المصرى

إذا كانت طبيعة التزوير لا تشف بذاتها عن قصد خاص فلا سبيل إلى تقريره إلا استناداً إلى نص فى القانون ، صريح أو ضمنى . ويرى

جمهور الفقهاء فى مصر أن لهذا القصد أصلا تشريعياً ، وهو عبارة « بقصد التزوير» التى وردت فى المادة ٢١٣ كما قدمنا . فهل تصلح هذه العبارة سنداً يعزز اشتراط هذا القصد فى التشريع المصرى ؟

لندع الرعيل الأول من فقهائنا يصفون بأنفسهم هذه العبارة : أما فتحى زغلول فيقول فى رسالة التزوير : «والذى يفهم من الطبعة الفرنساوية هو أن قول المادة «بقصد التزوير» الواقع بعد لفظة «غير» مبهم ، لأن التزوير هو الذى عقد لأجله هذا الباب ، والقانون لم يأت له بتعريف يوضحه . ومراده أن يدل بنوع خاص على نية السوء لا التزوير (١) . وأما أحمد أمين فيقول : «واشتراط نية التزوير فى القانون المصرى ظاهر من نص المادة ١٨١ (٢١٣ من القانون الحالى) ، فإنها تشترط أن يكون التغيير حاصلا «بقصد التزوير» ، وهى عبارة قاصرة على أداء المعنى المقصود منها ، ولكن اللفظ المقابل لها فى النص الفرنسى هوfrauduleusement ، أى بقصد الغش» (٢) .

فالسند التشريعى للقصد الخاص فى جريمة التزوير عندنا ينحصر فى عبارة مبهمة قاصرة عن أداء المعنى المقصود منها . هذه واحدة ، والثانية أن هذه العبارة بحسب ما استقر عليه الرأى تعنى قصد الغش .

ثم يتساءل فقهاؤنا عن السبب الذى من أجله قصر القانون هذه العبارة على النص الخاص بالتزوير المعنوى دون سائر نصوص التزوير . ويجيبون على ذلك بقولهم : «وإذا كان لذكر قصد الغش فى المادة ١٨١ (٢١٣) دون المادة ١٧٩ (٢١١) حكمة فهى كما يقول بعض الشراح أن تغيير الحقيقة بإحدى الطرق المنصوص عليها فى المادة ١٧٩ (٢١١) يصحبه قصد الغش

---

(١) فتحى زغلول – المرجع السابق ص ٣١ .

(٢) أحمد أمين ص ٢٥٩ ، ويقول المستشار محمود ابراهيم اسماعيل « وقد عبر الشارع فى المادة ٢١٣ بهذه العبارة ليبين أن القصد الجنائى فى جريمة التزوير هو قصد خاص ، أو نية الغش كما جاء بالترجمة الفرنسية ، وهى عبارة لا تفصح بنفسها عن ماهية القصد الجنائى ، مما دعا إلى اجتهاد الشراح فى تحديد معنى هذا القصد . ولذلك كانت هذه العبارة محل نقد شراح القانون المصرى» ص ٢٨٩ و ٢٩٠ .

بغير حاجة إلى النص عليه خصيصاً . فنية الغش يفترض وجودها ابتداء في كل تزوير مادى ، وليس على النيابة عبء إثبات وجود هذه النية الخاصة ، بل على المتهم إذا أراد تبرئة نفسه أن يثبت أن هذه النية لم تكن موجودة . وذلك على خلاف التزوير المعنوى ، فكثيراً ما يسطر المحرر وقائع مزورة على اعتبار أنها صحيحة وهو يجهل ما فيها من التزوير ، ولهذا يجب قبل الحكم بإدانته إثبات توفر القصد الجنائي عنده إثباتاً خاصاً » (١) ومعنى هذا أن عبارة «بقصد التزوير» تؤدى فى نص المادة ٢١٣ وظيفة إجرائية خالصة ، وأن المقصود بها إلزام القاضى بإثبات نية الغش فى التزوير المعنوى . وهذه هى الثالثة .

ونناقش بعد ذلك هذه الحقائق الثلاث ، كلا على حدة ، لندرك قيمة هذه العبارة .

فأما أنها عبارة مبهمة وقاصرة عن أداء المراد منها ، فذلك مالا نمارى فيه . ولو حملت هذه العبارة على ظاهرها لكانت جوفاء فارغة من أى معنى ، فهى تحدد القصد فى التزوير بقصد التزوير ، تماماً كما يعرف الماء بالماء . وقولك إن فلاناً زور بقصد التزوير كقولك إنه قتل بقصد القتل ، أو ضرب بقصد الضرب . وبذلك فهى لا تسمح باستخلاص قصد خاص (٢) ولكنها على أحسن الفروض تأكيد للقصد العام .

والدليل على أنها لا تنم عن قصد خاص هو ما لمسناه فى الفقه والقضاء من خلاف واضطراب حول تحديد هذا القصد . وقد بدا للفقه حين رجع إلى النص الفرنسى للمادة أنه اهتدى إلى شعاع ينير له الطريق ، واعتذر عن غموض العبارة بأنه سوء توفيق لازم من تولى ترجمة لفظ frauduleusement فقد عبر عنه بقصد التزوير ، وكان حرياً به أن يترجمه بقصد الغش .

---

(١) أحمد أمين ص ٢٦٠ ، فتحى زغلول ص ٥٩ ، السعيد مصطفى ص ١٥٥ و ١٥٦ ، جندى عبد الملك فقرة ٢٨١ ، وذلك أيضاً هو رأى جارو فى فرنسا فقرة ١٠٤٩ .

(٢) القللى ص ١٥٥ .

ومع ذلك فنحن لا نعتقد أن الأمر كان يختلف لو جرت الترجمة على هوى الفقه ، فقد خرج بهذا التأويل من مجهول ليقع فى مجهول . فبعد أن كان يتساءل عن معنى «قصد التزوير» راح يتساءل عن معنى «قصد الغش» ، وأضفى على هذا القصد مفاهيم تختلف عن بعضها اختلافاً بيناً ، ويؤدى الأخذ بواحد منها إلى نتائج مغايرة لما يؤدى إليه الأخذ بسواه . ولئن كان الفقه يعيب على «قصد التزوير» أنه ينطوى على تعريف الشىء بنفسه ، فإنا نعيب على «قصد الغش» أنه تعريف للشىء بمرادفه . فالتزوير تحسين الكذب ، وهذا هو الغش والخداع ، ولهذا رأينا القضاء ينكر على التزوير المفضوح أن يكون تزويراً بالمفهوم الجنائى وهو لا يبنى ذلك على تخلف نية الغش باعتبارها قصداً خاصاً ، بل يبنيه على تخلف الركن المادى ، وهو السلوك الذى يشترط فيه أن يكون صالحاً لخداع بعض الناس ، أو لتخلف المحل المادى وهو المحرر الذى يشترط فيه أن يكون ذا مظهر خارجى يدعو إلى الثقة بصحة ما جاء فيه (١) . ولذلك فنحن نرى أن الفقه لم يتقدم فى مجال القصد خطوة حين استبدل قصد الغش بقصد التزوير ، وإنما ظل فى مكانه حيث كان .

بقيت بعد ذلك المسألة الأخيرة ، وهى القول بأن النص على القصد الخاص فى التزوير المعنوى دون المادى لا يدل على لزوم هذا القصد فى الأول وعدم لزومه فى الثانى ، وإنما المراد به فحسب إلزام القاضى بإثبات هذا القصد فى التزوير المعنوى وافتراضه فى التزوير المادى . وهذا القول يفضى إلى نتيجة منطقية ، وهى أنه لولا أن الشارع نص على هذا القصد فى التزوير المعنوى لكان للقاضى أن يفترضه فيه كما يفترضه فى التزوير المادى سواء بسواء . ومعنى ذلك أيضاً أن القصد الخاص فى التزوير لا يستند فى أساسه إلى نص القانون وإنما هو ينبع من طبيعة التزوير ذاته . وقد نفينا ذلك منذ قليل ودللنا على عدم صحة هذه الدعوى .

---

(١) انظر نقض ١٩٢٣/١١/١٣ وسبقت الاشارة اليه .

وإذا استطردنا فى التأمل بدا لنا هذا القول غريباً كل الغرابة ، فهو يسلم بأنه حيث لا ينص القانون فى التزوير على نية خاصة فانه يجب علينا أن نقر بلزومها وأن نفترض وجودها ، أما حيث ينص عليها فانه يتعين توافرها وإنما يلزم اثباتها . وهذا المنطق فيما نرى منطق معكوس فى جانب كبير منه .

٣٢ — **معنى عبارة « بقصد التزوير »** : إذا كنا قد تشككنا فى صحة ما قدمه الفقه لهذه العبارة من تفسير ، فقد ألزمنا أنفسنا بتقديم تفسير لها بديل من التفسير الذى انتقدناه .

ولقد حاول الدكتور مصطفى القللى أن يجد لهذه العبارة تعليلا فكتب يقول : «والتعليل الصحيح كما يبدو لى هو أن المشرع قد استعمل عبارة بقصد التزوير فى المادة ٢١٣ ع . لأنه لم يستعمل كلمة «زور» كما فعل فى المواد الأخرى ، بل قال «غير بقصد التزوير en aura frauduleusement dénaturé أو ارتكب تزويراً اللتين استعملهما فى المواد الأخرى الواردة فى باب التزوير . فكلمة «زور» و «ارتكب تزويراً» و «غير بقصد التزوير» تؤدى كلها معنى واحداً ، ولا مبرر لأخذ عبارة «بقصد التزوير» على حدة وبناء كل هذه النتائج عليها» (١) .

وهذه الملاحظة دقيقة وصحيحة بغير شك ، وهى لذلك جديرة بالتقدير .

وإذا كان هذا التعليل اللغوى لا يبلغ لدى جمهور الفقهاء حد الإقناع فإنا نعتقد أن ثمة دليل آخر يؤكد أن هذه العبارة لا تحمل فى طياتها القصد الخاص . فهى تستمد أصلها التاريخى من المادة ١٤٦ من قانون العقوبات الفرنسى . وقد تحدثت محكمة النقض المصرية فى حكم قديم لها عن الظروف التى صاحبت وضع هذا النص فى فرنسا ، فقالت : «حيث إن علماء القوانين قالوا عند شرح المادة ١٤٦ من القانون الفرنساوى المأخوذة منها المادة ١٩١ (٢١٣ من القانون الحالى) من قانون العقوبات المصرى ، إن المادة

(١) القللى ص ١٥٥ و ١٥٦ .

المذكورة أضافت لفظة « قصد » على لفظة «التزوير» (مع أنه من المعلوم أن أهم الشروط الضرورية لمعاقبة مرتكب الجريمة وجود القصد من قبل العمل كما هو ثابت فى القواعد الابتدائية المدونة فى قانون العقوبات) لحكمة وهى أن الغلط يجوز احتماله فى هذا الحالة أكثر من باقى أحوال التزوير ، فاحتاج الأمر للنص بالقصد . وقال من كان مكلفاً بعرض المادة المذكورة على مجلس شورى النواب بحكومة فرنسا لدى عرضها عليه إن سبب تحرير تلك المادة بهذه الصفة هو أنه يلزم الاحتراس جداً من اعتبار أمر بصفة جنائية يكون منشؤه سوء الفهم والغلط والجهل . فلأجل انفصال الجريمة وتجردها من غلط يسهل حصوله أو يكون حصوله عاماً ذكر القانون بصفة خصوصية أنه يلزم لوجود جناية التزوير فى هذه الحالة أن يقصد التزوير .

وقد فرعوا عن هذا الأمر أنه إذا كان الإخبار عن أمر أدبى يلزم لتمييزه ومعرفة حقيقته وجود علم الموظف ووجود معرفته بالقواعد العلمية التى يسهل الخطأ فيها بنية خالصة ، فإن ظهر أن هذا الإخبار غير موافق للحقيقة فلا يدخل تحت نص المادة ١٤٦ من القانون الفرنساوى (وهنا تحت نص المادة ١٩١ من قانون العقوبات (٢١٣) الا إذا ثبت القصد (١)

ومعنى هذا بوضوح أن عبارة «قصد التزوير» التى اشتمل عليها القانون الفرنسى، ثم استمدها منه القانون المصرى ، لم يكن المراد بها تقرير قصد خاص فى التزوير ، وإنما أريد بها تأكيد العلم بتغيير الحقيقة حتى تتجرد الجريمة «من غلط يسهل حصوله ، أو يكون حصوله عاماً » . وهذا يفسر لنا وجود هذه العبارة فى النص الخاص بالتزوير المعنوى وحده دون النص الخاص بالتزوير المادى . فكثيراً ما يسطر المحرر وقائع مزورة — كما يقول أحمد أمين — على اعتبار أنها صحيحة ، وهو يجهل ما فيها من التزوير . فالفرق بين التزوير المادى والتزوير المعنوى لا يكمن فى وضوح القصد

---

(١) نقض ١٨٩٢/٦/١٥ الحقوق ٧ ص ١٩٨ مشار اليه فى فتحى زغلول ص ٦٠ هامش (٢) .

الخاص فى الأول وخفائه فى الثانى كما يظن الشراح ، وإنما ينحصر هذا الفرق فى مظنة الجهل بتغيير الحقيقة فى الثانى بدرجة أكبر من مظنته فى الأول .

وهذا الرأى تعززه الطريقة التى صيغت بها نصوص التزوير . فقد حرص القانون فى مواد التزوير المعنوى جميعاً على الإشارة إلى وجوب علم الجانى بواقعة التزوير ، لأن احتمال تغيير الحقيقة بغير علم فى هذا النوع من التزوير أكبر من مثيله فى التزوير المادى ، فاستحسن الشارع النص على هذا العلم لكى يحث القاضى على الاهتمام به والجد فى تحريه ، حتى لا ينسب التزوير إلى من غير الحقيقة عن غلط أو جهل ، وهو حرص محمود ، وإن كانت أصول الصياغة لا تقتضيه على أى حال .

ويبدو ذلك أولا فى المادة ٢١٣ نفسها ، إذ نصت على عقاب الموظف الذى يغير موضوع السندات أو أحوالها فى حال تحريرها ، وذلك بجعله واقعة مزورة فى صورة واقعة صحيحة مع علمه بتزويرها ، وكذلك المادة ٢١٦ التى تعاقب كل من تسمى فى تذكرة سفر أو فى تذكرة مرور باسم غير اسمه الحقيقى أو كفل أحداً فى استحصاله على الورقة المشتملة على الاسم المذكور وهو يعلم ذلك ، والمادة ٢١٩ التى تعاقب أصحاب الفنادق والمقاهى والأماكن المفروشة المعدة للايجار وغيرهم ممن يسكنون الناس بالأجرة يومياً إذا قيدوا فى دفاترهم الأشخاص الساكنين عندهم باسماء مزورة وهم يعلمون ذلك ، والمادة ٢٢٠ التى تعاقب كل موظف عمومى أعطى (والمقصود حرر) تذكرة سفر أو تذكرة مرور باسم مزور مع علمه بالتزوير ، والمادة ٢٢٦ التى تعاقب كل من قرر فى إجراءات تحقيق الوفاة أو الوراثة أو الوصية الواجبة أقوالا غير صحيحة عن الوقائع المرغوب إثباتها وهو يجهل حقيقتها أو يعلم أنها غير صحيحة .

٣٣ — **خاتمة : كفاية القصد العام فى التزوير :** نخلص من كل ما تقدم إلى أن التزوير جريمة عمدية يكفى لوقوعها القصد العام ولا تلزم

فوقه نية خاصة أيا ما كانت هذه النية (١). وقد يتبادر إلى الذهن أن الاكتفاء بهذا القصد فى التزوير يؤدى إلى توسعة فى مجال العقاب لم يكن محد منها الا تخصيص القصد بنية الإضرار أو بنية الاستعمال أو بما عدا ذلك من غايات . بيد أن هذه الخشية لا مبرر لها ، فما دمنا قد سلمنا بأن الضرر عنصر فى التزوير ، فذلك يغنى عن تلمس نية خاصة فيه ، إذ يكفى طبقاً للقواعد العامة أن ينصرف العلم اليه وأن يغير الشخص الحقيقة مستوياً لديه حصوله أو عدم حصوله . وتحديد القصد على الوجه الذى نراه كاف لحمل ما استقرت عليه معظم أحكام القضاء فى مصر وبغير حاجة إلى اصطناع قصد خاص .

---

(١) القللى ص ١٥٦ ، وبه قالت بعض أحكام القضاء فى فرنسا .

تحديد مقابل التحسينات فى أجرة الأماكن

بين الواقع والقانون

للدكتور سمير عبد السيد تناغو
أستاذ القانون المدنى المساعد – كلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

١ – الاضطراب فى قضاء المحاكم الابتدائية قبل إجازة الطعن فى أحكامها :

من أهم الاصلاحات التى حققها القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ فى تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر الغاء المادة ٤/١٥ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، والتى كانت تمنع الطعن فى الأحكام الصادرة فى المنازعات الايجارية . وكان مشروع القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ المقدم من الحكومة يقرر نفس الحكم الملغى ، ولكن اللجنة المشتركة من لجنتى الشئون التشريعية والخدمات بمجلس الأمة ، الغت هذا الحكم ، وجاء فى تقريرها « أدخلت اللجنة تعديلا على اجراءات التقاضى ... فعدلت المادة (٤٠) على نحو يفتح باب الطعن فى الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية تجنباً للكثير من التناقضات التى حفلت بها الأحكام بسبب حظر الطعن فيها مع أن فتح باب الطعن من شأنه أن تستقر الأحكام على مبادىء موحدة تستقر بها المنازعات استقراراً جامعاً مانعاً » .

والواقع ان التعارض والتناقض فى أحكام المحاكم الابتدائية والذى يشير اليه التقرير المذكور ، لم يكن قاصراً على المسائل الدقيقة التى قد تختلف فيها وجهات النظر ، أو على المسائل الصغيرة التى لا يؤدى الاختلاف فيها إلى كثير من الضرر ، بل ان الاختلاف كان شاملا لأكثر المسائل وضوحاً فى القانون ، واعظمها خطراً فى المعاملات .

ولعل أبرز مثل على هذا التناقض والاختلاف ما كانت تقضى به المحاكم كجزاء مدنى لمجاوزة الحد الأقصى لأجرة الأماكن .

فمن ناحية كانت تقضى بعض الأحكام بالحكم الصحيح فى القانون ، وهو أن الحد الأقصى لأجره الأماكن يتعلق بالنظام العام ، وأن كل اتفاق على أجرة تجاوز الحد الأقصى يقع باطلا بطلاناً مطلقاً . وهو بطلان لا ترد عليه الاجازة ، وبالتالى فان دعوى تخفيض الأجرة يجوز رفعها فى أى وقت طالما انها لم تسقط بالتقادم ومدته خمس عشرة سنة . كما وأن رضاء المستأجر الصريح بأجرة تزيد على الحد الأقصى يقع باطلا لمخالفته للنظام العام ، فان رضاءه الضمنى والذى يتمثل فى سكوته مدة من الزمن عن رفع دعوى تخفيض الأجرة لا يمنعه بعد ذلك من رفعها طالما انها لم تسقط بالتقادم طبقاً للمادة ١٤١ من القانون المدنى (راجع فى هذا المعنى الأحكام العديدة المشار اليها فى عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، جـ ٦ ، فقرة ٦٢٣ ص ١٠٢٨ هامش ١) .

ورغم انه كان لا يجوز الاختلاف فى حكم هذه المسألة ، الا أن أحكام القضاء قد اضطربت فيها اضطراباً بيناً على حد تعبير الدكتور عبد الرزاق السنهورى (المرجع السابق ، ص ١٠٢٧) ، فقد قضت أحكام عديدة من ناحية أخرى بأن دعوى تخفيض الأجرة يجوز النزول عنها صراحة ، كما يجوز النزول عنها ضمناً وهو ما يمكن أن يستخلص من سكوت المستأجر عن رفع هذه الدعوى مدة طويلة . بل ذهبت بعض الأحكام إلى صحة الاتفاق على أجرة تزيد عن الحد الأقصى إذا تم هذا الاتفاق بعد ابرام عقد الايجار ، أى فى وقت لم يكن المستأجر فيه واقعاً تحت أى ضغط أو اكراه (راجع الأحكام المشار اليها فى ، عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٠٢٩ — ١٠٣٣) .

وما قضت به هذه الأحكام الأخيرة غير صحيح فى القانون ، ويخالف أبسط المبادىء المسلم بها ، رغم انها من حيث العدد والتواتر ، تغلب على الأحكام الأخرى التى طبقت القانون تطبيقاً صحيحاً لا شك فيه .

ولازالة الاضطراب فى هذه المسألة الخطيرة فقد نبه الدكتور السنهورى

إلى ضرورة التفرقة بين دعويين ، الأولى هى دعوى تخفيض الأجرة والثانية هى دعوى استرداد ما دفع زائداً عن الحد الأقصى للأجرة ، وهو يقول فى هذا الشأن ان أصحاب الرأى الذى يذهب إلى جواز النزول عن دعوى تخفيض الأجرة صراحة أو ضمناً «لا يميزون فيما يبدو تمييزاً واضحاً بين دعوى تخفيض الأجرة وهذه لا يجوز النزول عنها ولا تتقادم الا بخمس عشرة سنة ... وبين دعوى استرداد ما دفع من الأجرة زائداً عن الحد الأقصى وهذه دعوى لا تتعلق بالنظام العام فيجوز النزول عنها صراحة أو ضمناً وهى كسائر دعاوى استرداد ما دفع دون حق تتقادم بثلاث سنوات » (المرجع السابق ص ١٠٣٤) .

وبعد أن نبه الدكتور السنهورى إلى هذه التفرقة الواضحة ، صدر حكم من محكمة النقض مؤيدا الرأى الذى دافع عنه الدكتور السنهورى وهو الرأى الذى يتفق مع المبادىء المسلم بها فى القانون . وقد جاء فى هذا الحكم انه «إذا كانت الدعوى بطلب تخفيض الأجرة مبناها بطلان الاتفاق على أجرة تزيد على الحد الأقصى المقرر بهذا التشريع وكان هذا البطلان على ما يبين من نصوص ذلك القانون بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام فان هذه الدعوى يصح رفعها فى أى وقت ولو بعد انقضاء العلاقة الايجارية ما دام لم يسقط الحق فى رفعها بالتقادم ولا يصح اعتبار سكوت المستأجر مدة من الزمن نزولا منه عن الحق المطالب به لأن هذا النزول صريحاً كان أو ضمنياً يقع باطلا ولا يعتد به » (الطعن رقم ٣٩٥ لسنة ٢٧ القضائية فى ١٤ مايو ١٩٦٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٥ ، عدد ٢ ، قاعدة ١٠٦ ص ٦٧٠) .

ومن غير المتصور بعد الايضاح الذى قدمه الدكتور السنهورى ، وبعد الحكم الذى اصدرته محكمة النقض أن تعود المحاكم الابتدائية مرة أخرى إلى الاتجاه الخاطىء فى تطبيق القانون والذى يجيز الاتفاق الصريح أو الضمنى على النزول عن دعوى تخفيض الأجرة (فى هذا المعنى ، سليمان مرقس ، شرح قانون ايجار الأماكن ، الطبعة الخامسة ، ١٩٧٠ ، ص ١٨٧) .

٢ — الحد الأقصى للأجرة لم يعد حكماً استثنائياً :

أهم مبدآن يقوم عليهما قانون ايجار الأماكن ، هما مبدأ الحد الأقصى للأجرة ، ومبدأ الامتداد القانونى لعقد الايجار . وقد كانت النظرة إلى قانون ايجار الأماكن ، فى مجموعه تذهب إلى أنه قانون استثنائى لمخالفة مبادئه للقواعد العامة فى نظرية العقد ، وانه لهذا السبب قانون موقت لا يلبث أن يلغى عندما تزول الحاجة التى دعت إلى اصداره وهى أزمة المساكن .

وقد تبين بعد مرور سنوات طويلة على اصدار التشريعات المختلفة لايجار الأماكن ، ان أزمة المساكن لن تزول وأن الحاجة إلى هذه التشريعات ليست وقتية بل دائمة . ولذلك كان من الطبيعى عند اصدار قانون ايجار الاماكن الأخير رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ أن ترفع عنه الصفة الاستثنائية التى كانت لاصقة بالقوانين السابقة ومنها القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ . وقد جاء فى تقرير اللجنة المشتركة من لجنتى الشئون التشريعية والخدمات بمجلس الأمة . «اجمعت اللجنة على أنه لا يقبل أن يكون تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر فى مجتمع اشتراكى من القوانين الاستثنائية .. فقررت اللجنة المشتركة انه قانون خاص وليس قانوناً استثنائياً . وهو خاص من ناحية تطبيقة لأنه لا يشمل كل علاقات المؤجرين والمستأجرين » .

ويترتب على زوال الصفة الاستثنائية عن قانون ايجار الأماكن ، اعتبار المبادىء الأساسية التى قررها هذا القانون ، كمبدأ الحد الأقصى للأجرة مثلا ، فى حكم المبادىء العامة التى يجب الرجوع اليها أولا قبل الرجوع إلى مبدأ سلطان الارادة المقرر فى نظرية العقد ، وذلك كلما دعت الحاجة إلى الاستعانة بالمبادىء العامة فى النطاق الذى يطبق فيه قانون ايجار الأماكن .

ومقتضى هذا القول ان الحد الأقصى لأجرة الأماكن ليس حكماً متعلقاً بالنظام العام فحسب بل هو أيضاً مبدأ من المبادىء العامة فى تنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين .

٣ — جميع عناصر الأجرة تخضع للحد الأقصى :

رغم ان التقنين المدنى يجيز أن تكون الأجرة نقداً أو فى صورة أى تقدمة أخرى (م ٥٦١) ، الا أن قانون ايجار الأماكن يحتم أن تكون الأجرة نقداً حتى يمكن تطبيق الحد الأقصى للأجرة بطريقة حسابية دقيقة .

والأجرة طبقاً لقانون ايجار الأماكن هى المبلغ النقدى الذى يدفعه المستأجر مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة .

والأجرة بهذا المعنى تتكون من عنصرين دائمين ، ومن عنصر ثالث احتمالى .

أما العنصران الدائمان فهما أولا مقابل الانتفاع بالمكان المؤجر ذاته ، وثانياً مقابل الانتفاع بالأرض أو الجزء من الأرض التى اقيم المكان عليها . أما العنصر الثالث الاحتمالى فهو مقابل التحسينات التى يكون المؤجر قد أدخلها على العين المؤجرة .

ومن البديهى أن خضوع الأجرة لحد أقصى لا يجوز الاتفاق على مجاوزته ، ينطبق على الأجرة بكل عناصرها ، وليس على بعض هذه العناصر دون البعض الآخر ، والا لانهدم قانون ايجار الأماكن من أساسه . فمن غير المتصور مثلا أن تخضع أجرة المكان لحد أقصى بينما تخضع أجرة الأرض أو أجرة التحسينات لارادة المتعاقدين بغير حد أقصى .

ومن المعروف أن طريقة تقدير الحد الأقصى لأجرة المكان تختلف بحسب تاريخ انشاء المكان ، وأن الأماكن الموجودة فى مصر تنقسم إلى ستة أقسام مختلفة بحسب تاريخ انشائها ، وبالتالى كيفية تقدير الحد الأقصى لأجرتها .

ومن المعروف أن تقدير الحد الأقصى لأجرة أماكن القسم الخامس ، طبقاً للقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ ، وهى الأماكن التى بدىء فى انشائها

أو اكتمل انشاؤها منذ ٥ نوفمبر عام ١٩٦١ ، يتم على أساس نسبة معينة من ثمن الأرض هي ٥٪ سنوياً ونسبة معينة من تكاليف البناء هي ٨٪ سنوياً . ولم يشر هذا القانون إلى أى مقابل للتحسينات إذ لا يمكن التفرقة بين تكاليف البناء وتكاليف ما به من تحسينات ، وبالتالى فان مقابل التحسينات يكون هو أيضاً ٨٪ سنوياً باعتبارها جزءاً لا يتجزأ من البناء ذاته . وتقدير الأجرة بالنسبة لأماكن القسم الخامس يتم بعد أن ينتهى انشاء البناء تماماً ويكتمل له كل ما يحتاج اليه من تحسينات بحسب ما يرى المالك ادخاله فى البناء من هذا القبيل .

أما أماكن القسم السادس وهى التى يسرى عليها القانون الجديد رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ وهى الأماكن التى لم يكن قد تم تحديد أجرتها بطريقة نهائية قبل العمل بهذا القانون من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية فى ١٨ أغسطس سنة ١٩٦٩ ، فان تقدير الحد الأقصى لأجرتها يتم بنفس الطريقة الخاصة بأماكن القسم الخامس ، أى على أساس نسبة معينة من ثمن الأرض هى ٥٪ سنوياً ونسبة معينة من تكاليف البناء هى ٨٪ سنوياً . ومع ذلك فان القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ادخل حكماً جديداً هو ضرورة وضع تقدير مبدئى لأجرة المكان المراد انشائه عند اصدار الترخيص بالبناء وقبل الشروع فى البناء فعلا (م ٦ من القانون) . والتقدير المبدئى يحدد طبيعة البناء وهل هو من المبانى الشعبية أو المتوسطة أو فوق المتوسطة ... الخ . وهذا التقدير يقيد المالك فى التحسينات التى قد يرغب فى ادخالها على العين ، إذ المفروض ألا يدخل المالك فى البناء تحسينات يمكن أن تؤدى إلى زيادة الأجرة عند التقدير النهائى عن الأجرة المبدئية المحددة فى ترخيص البناء . وبطبيعة الحال فانه فى الحدود التى تتفق فيها التحسينات مع طبيعة البناء بحسب الترخيص الصادر به فان المالك يتقاضى عنها أجره ٨٪ سنوياً كما هو الشأن بالنسبة لتكاليف البناء فى مجموعه .

٤ ــ حق المؤجر فى تقاضى أجره إضافية كمقابل للتحسينات بالنسبة لأماكن الأقسام الستة :

لم يرد فى أى تشريع من تشريعات ايجار الأماكن نص خاص بتحديد أجرة مستقلة كمقابل للتحسينات تضاف إلى أجرة العين المؤجرة ذاتها .

ومن الناحية العملية فانه غالباً ما يكون الاتفاق على الأجرة شاملا للأرض والعين والتحسينات جميعاً دون تحديد أجرة مستقلة لكل عنصر من هذه العناصر .

وقد رأينا ان المشرع فى القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ ورقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ افترض أن التحسينات جزء لا يتجزأ من البناء ذاته ، ولذلك لم يضع لها أى مقابل مستقل عن مقابل تكاليف البناء وهو ٨٪ سنوياً من قيمتها .

ومع ذلك فقد يحدث فى بعض الحالات العملية أن تضاف إلى العين ، وبعد الوقت الذى تم فيه تقدير أجرة المكان ، تحسينات لم تكن موجودة فى ذلك الوقت ولم تدخل بالتالى فى تقدير الحد الأقصى المشار اليه .

فاذا تم ذلك دون قصد التحايل على أحكام القانون الآمرة ، فانه يكون من العدل أن يتقاضى المؤجر أجره مستقلة عن هذه التحسينات تضاف إلى الحد الأقصى لأجرة العين التى ادخلت هذه التحسينات عليها .

وبالنسبة لأماكن القسم الأول فان المادة ١٤ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ تنص على أنه «يدخل فى تقدير الأجرة المتفق عليها أو أجره المثل تقدير كل شرط أو التزام جديد لم يكن وارداً فى العقود المبرمة قبل أول مايو سنة ١٩٤١ أو لم يجر العرف فى هذا التاريخ بفرضه على المستأجرين »

وقد ذهب الفقه والقضاء فى تفسير هذا النص إلى أنه يشمل أيضاً التحسينات التى يكون المؤجر قد أدخلها على العين المؤجرة ، والتى لم تكن بالعين فى شهر ابريل سنة ١٩٤١ ، وهو الشهر الذى تحسب على أساسه أجرة أماكن القسم الأول التى انشئت قبل أول يناير عام ١٩٤٤ ، وأبرمت

عقود ايجارها منذ أول مايو عام ١٩٤١ (راجع حكم النقض السابق ذكره ص ٦٧١) .

ولا شك فى أن هذا الحكم يسرى على التحسينات التى يدخلها المؤجر على أى مكان من أماكن الأقسام الستة وليس فقط على أماكن القسم الأول طالما أن التحسينات لم تكن موجودة عند تقدير الحد الأقصى لأجرة المكان .

وحتى بالنسبة لأماكن القسم الخامس والقسم السادس ، والتى افترض فيها المشرع أن التحسينات جزء لا يتجزأ من البناء ذاته ، فانه قد تحدث من الناحية العملية وبعد تقدير الحد الأقصى لأجرة هذه الأماكن أن يقوم المالك بادخال التحسينات على العين المؤجرة كاضافة حجرة جديدة اليها أو تقسيم حجرة واحدة إلى حجرتين أو ادماج حجرتين فى حجرة واحدة أو تحويل شقتين إلى شقة واحدة أو العكس .. الخ ، وفى كل هذه الحالات وغيرها فانه يكون من العدل اضافة مقابل لهذه التحسينات .

والمسألة التى تعرض أمام القاضى عند النزاع ، هى كيفية تقدير مقابل التحسينات . ولحل هذه المسألة فان القاضى يبدأ أولا بتقدير قيمة التحسينات ثم يقوم بعد ذلك بتحديد المقابل السنوى لهذه القيمة والذى يضاف إلى الحد الأقصى لأجرة المكان .

وتحديد قيمة التحسينات مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع . أما تحديد المقابل السنوى لهذه القيمة فسألة قانون لا تخضع لسلطة القاضى التقديرية ، بل يخضع فيها حكم القاضى لرقابة محكمة النقض . وهذا ما نوضحة فيما يلى :

٥ — تحديد قيمة التحسينات مسألة واقع :

من المؤكد أن تحديد قيمة التحسينات ، أى تحديد التكاليف الحقيقية التى انفقها المؤجر فى سبيل انشائها ، من مسائل الواقع التى تخضع السلطة التقديرية لقاضى الموضوع .

وبطبيعة الحال فان القاضى قد ينتدب خبيراً لتقدير قيمة التحسينات التى يطالب المؤجر بأجرة اضافية مقابلها . وتقدير الخبير يخضع بدوره لرقابة القاضى الذى يعتبر الخبير الأعلى لكل ما يحتاج إلى خبرة فنية .

فاذا قدر الخبير تكاليف التحسينات بمئة جنيه أو ألف أو غير ذلك من الأرقام ، واطمأن القاضى إلى تقديره وأقره عليه ، فان المسألة تكون قد حسمت بطريقة نهائية ولا تخضع بعد ذلك لأية رقابة من محكمة النقض .

٦ ـ تحديد مقابل التحسينات مسألة قانون :

إذا تم تحديد قيمة التحسينات فتكون الخطوة التالية هى تحديد ما يستحقه المؤجر كمقابل سنوى عن هذه القيمة ، أى كفائدة استثمار عن رأس المال الذى انفقه . والفصل فى ذلك لا يتعلق بالواقع ولكنه يتعلق بالقانون، بل يتعلق بقواعد القانون الآمرة التى لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها .

وكما اضطربت المحاكم الابتدائية بصدد دعوى تخفيض الأجرة لمجاوزتها الحد الأقصى ، وهو الاضطراب الذى حسمته محكمة النقض بتغليب الرأى الصحيح الذى لا يجيز الاتفاق الصريح أو الضمنى على النزول عن هذه الدعوى ، فان المحاكم الابتدائية لا زالت مضطربة أشد الاضطراب بالنسبة لتحديد مقابل التحسينات ، وهو ما يحتاج إلى ايضاح خاص ، وربما إلى قضاء خاص من محكمة النقض ، لأن الاضطراب فى هذه المسألة يمكن أن يؤدى إلى نتائج خطيرة من الناحية العملية قد تصل إلى هدم قانون ايجار الأماكن ذاته . وقد يكون مفيداً فى هذا الشأن ابداء الملاحظات الآتية :

١ ـ لا مانع من الأخذ باتفاق المتعاقدين فى تقدير مقابل التحسينات إذا كان هذا الاتفاق لا يجاوز المقابل الحقيقى لها . وفى هذا المعنى تقول محكمة النقض فى حكمها السابق الاشارة اليه «وقد يتفق على ذلك بين المؤجر والمستأجر فى عقد الايجار ذاته أو فى اتفاق لاحق ويعمل بما اتفق عليه

الطرفان ما لم يثبت المستأجر أن القصد من هذا الاتفاق هو التحايل على أحكام القانون ، فعندئذ يقوم القاضى بالتقدير .»

٢ ــ المقصود بالأخذ باتفاق المتعاقدين فى تقدير قيمة التحسينات هو عدم الالتجاء إلى اجراءات تقدير الأجرة التى رسمها المشرع طبقاً للقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ أو طبقاً للقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . فهذه الاجراءات لازمة فقط لتقدير أجرة الأماكن الجديدة التى لم تحدد لها أجرة بعد . أما التحسينات فى الأماكن التى سبق تقدير الحد الأقصى لاجرتها ، فلا تخضع تقدير مقابلها لهذه الاجراءات ، بل يكون تقديرها بحسب اتفاق المتعاقدين طالما ان المستأجر راض عن هذا الاتفاق ولايرغب فى الطعن فيه .

٣ ــ سكوت المستأجر عن الطعن فى الاتفاق على تحديد مقابل التحسينات فترة من الزمن لا يمنعه من الطعن بعد ذلك ، لأن الأمر يتعلق فى هذه الحالة بدعوى تخفيض الأجرة ، وهى دعوى تتعلق بالنظام العام ولا تسقط بالنزول الصريح أو الضمنى عنها ، وانما تسقط فقط بالتقادم ومدته خمس عشرة سنة (حكم النقض السابق ذكره) .

٤ ــ المقصود بالتحايل الذى يجيز للمستأجر طلب تخفيض الأجرة هو كل اتفاق على مجاوزة الحد الأقصى للأجرة سواء فى ذلك أجرة العين ذاتها أو التحسينات التى ادخلت عليها أو الأرض التى اقيمت عليها . فالتحايل ليس هو حالة نفسية مستمدة من سوء نية المؤجر ، بل هو نتيجة حتمية لكل مجاوزة للحد الأقصى للأجرة . فمجرد مجاوزة الحد الأقصى للأجرة يتحقق معه تحايل المؤجر ، ولو كان هذا المؤجر بالذات حسن النية لا يعلم أحكام القانون الآمرة ، ولا يرغب فى استغلال المستأجر بأى حال .

٥ ــ الدور الذى يجوز لارادة المتعاقدين أن تلعبه فى تحديد أجرة التحسينات لا يجوز أن يزيد عن الدور الذى يمكن لهذه الارادة أن تلعبه فى تحديد أجرة العين ذاتها أو اجرة الأرض التى اقيمت عليها . فاذا كان كل اتفاق على مجاوزة الحد الأقصى للأجرة يقع باطلا بطلاناً مطلقاً

فان ذلك يشمل أيضاً كل اتفاق على مقابل للتحسينات يزيد على المقابل الحقيقى لها ، لأن المقصود بالأجرة ، أجرة الأرض ، والعين التى اقيمت عليها ، والتحسينات التى أدخلت على هذه العين ، بغير تفرقة على الاطلاق . ومن غير المتصور أن يخضع المشرع أجرة الأرض والمكان لحد أقصى بينما يطلق أجرة التحسينات بغير حد أقصى ، فذلك لغو ينزه عنه الشارع ويرفضه القضاء بكل وضوح (حكم النقض السابق الاشارة اليه) .

٦ — حتى تتحقق أغراض التشريع من وضع حد أقصى لأجرة الأماكن ، لا يكفى تقرير مبدأ تدخل القاضى لتقرير مقابل التحسينات بل ينبغى أيضاً بيان حكم القانون الذى يطبقه القاضى فى هذه المسألة ، والحل الذى يبحث عنه القاضى فى هذا الشأن هو حل لمسألة قانونية ، هى معرفة فائدة الاستثمار عن قيمة التحسينات التى ادخلها المؤجر على العين المؤجرة . وتحديد فائدة الاستثمار مسألة قانونية تتعلق بالنظام العام .

٧ — فائدة الاستثمار التى يستحقها المؤجر مقابل التحسينات : ٧٪ أو ٨٪ :

كما أن المشرع لم يضع نصاً خاصاً لاستحقاق المؤجر ، أجرة اضافية كمقابل للتحسينات ، فهو لم يضع بطبيعة الحال نصاً خاصاً يبين طريقة حساب هذا المقابل ، أى النسبة المئوية التى يستحقها المؤجر من قيمة هذه النفقات سنوياً .

ولكن هذا لا يعنى خلو التشريع من أى تحديد فى هذا الشأن .

فمن المؤكد انه فى ظل القانون المدنى ، لا يجوز أن تزيد الفوائد على رأس المال عن ٧٪ . والحد الأقصى لسعر الفائدة لا يسرى فقط على القروض ، بل يسرى على كل العقود «التى تشترط فيها الفوائد» (م ١/٢٢٧ مدنى) ، وهو ما يمكن أن ينطبق بطريق القياس على عقود الايجار التى يخضع المشرع أجرتها لحد اقصى ، دون أن يبين طريقة تحديد الحد الأقصى بالنسبة لبعض عناصر هذه الأجرة كما هو الشأن بالنسبة للتحسينات .

وقد عبر أحد أحكام المحاكم الابتدائية عن مدى التشابه بين وضع حد أقصى لأجرة الأماكن ، ووضع حد أقصى لفائدة القرض ، تعبيراً دقيقاً ، جعل الدكتور السنهوري يستشهد بأسباب هذا الحكم فى المتن من كتابه الوسيط . ويقول الحكم فى هذا الشأن أن تخفيض الأجرة إلى الحد الأقصى المسموح به قانوناً «تصحيح اجبارى لا اختيارى ، يجرى بانتقاص جزء من الاتفاق ، ويترتب عليه رد الأجرة الزائدة إلى الحد القانونى مع بقاء العقد نافذاً بهذا التصحيح منذ نشوئه لا من وقت تصحيحه ، وان الاتفاق على الاجرة الزائدة يشبه تماماً الاتفاق على فائدة تجاوز الحد المقرر ، ووجه المشابهة أن الفوائد تعتبر من وجهة التكييف القانونى أجره للقرض ، وأن المتأمل فى النصوص الخاصة ببطلان الاتفاق ورد الزائد فى الحالين يلاحظ ما بينها من تماثل فى المبنى وفى المعنى إلى صورة يمكن معها القول بأن المشرع نقل أحكام أجرة الأماكن من أحكام فوائد الديون (مصر الكلية ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٤ ، المحاماه ٣٦ رقم ٤٤٦ ص ٩١١ ، مشار اليه فى السنهورى ، الوسيط ، ج ٦ ، ص ١٠٢٥ — ١٠٢٦) .

وإذا صح ما تقوله المحكمة الابتدائية — وهو صحيح لا شك فيه — من أن أحكام أجرة الأماكن تماثل فى المبنى والمعنى أحكام فوائد الديون ، فانه يكون من الواجب القول بأنه فى ظل القانون المدنى كان لا يجوز أن تزيد فوائد الاستثمار مقابل التحسينات عن ٧٪ وان هذا الحكم يتعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفه كما يخضع القاضى فى تطبيقه لرقابة محكمة النقض .

ولكن اعتباراً من ١٦ فبراير سنة ١٩٦٢ وهو تاريخ نفاذ القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ ، أصبح من اللازم حساب مقابل التحسينات فى الأجرة بنسبة ٨٪ سنوياً من قيمة هذه التحسينات ، وهى نفس النسبة التى حددها القانون المذكور كطريقة لحساب أجرة المبانى فيما يتعلق بتكاليف هذه المبانى ذاتها .

والواقع ان القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ لم يفرق كما سبق ان ذكرنا بين التحسينات وبين المبانى ذاتها ، ولم يضع بالتالى نسبة مئوية خاصة كمقابل للتحسينات تختلف عن النسبة المئوية التى وضعها كمقابل للمبانى ، بل هو اعتبر التحسينات جزءاً لا يتجزأ من المبانى ، واعطى المالك عن نفقات اقامة المبنى نسبة مئوية من هذه النفقات هى ٨٪ سنوياً ، وتشمل هذه هذه النسبة فوائد استثمار المبانى ومقابل استهلاك رأس المال ومصروفات الاصلاح والصيانة والادارة . وتستحق هذه النسبة عن جميع نفقات البناء لا فرق فى ذلك بين الخرسانة المسلحة أو الطوب أو البياض أو الخشب أو الكهرباء أو الأدوات الصحية أو ما يعتبر تحسينات كالديكورات والبياض بالزيت والرخام ووسائل التدفئة المركزية ، والمصعد .. الخ ، فكلمة بناء تشمل كل هذه الأشياء بغير تفرقة على الاطلاق .

والحكم الذى قرره القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ ، عاد فأكده مرة أخرى القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ .

وإذا كانت التحسينات التى يتم ادخالها وقت انشاء البناء تندمج فيه وتعتبر جزءاً لا يتجزأ منه ويستحق عنها المالك فائدة سنوية مقدارها ٨٪ من قيمتها ، فان نفس الفائدة تستحق أيضاً على التحسينات التى يتم ادخالها بعد اتمام البناء وبعد تقدير الحد الأقصى لأجرته . إذ من غير المعقول أن يختلف مقابل التحسينات بحسب ما إذا كانت قد ادخلت فى العين وقت انشاء البناء أو بعد ذلك .

ومن ناحية أخرى فانه إذا تقرر أن مقابل التحسينات عن المبانى الداخلة فى القسم الخامس والقسم السادس هو ٨٪ سنوياً من قيمة انشائها ، فينبغى الأخذ بنفس الحكم بالنسبة لأماكن الأقسام الأربعة الأولى ، إذ من غير المعقول أن تختلف الفائدة التى يستحقها المالك عن قيمة التحسينات بحسب تاريخ انشاء المكان ، خاصة وأن تاريخ انشاء المكان لا علاقة له بتاريخ

ادخال التحسينات التي يجوز ادخالها بالعين في أي وقت في الحاضر أو في المستقبل . فمن المتصور مثلا ان يدخل المؤجر في عام ١٩٧٠ أو عام ١٩٧٥ تحسينات على عين انشئت قبل أول يناير عام ١٩٤٤ أي على عين داخلة في القسم الأول ، فلا يجوز لهذا المؤجر أن يحصل على مقابل لهذه التحسينات يزيد على المقابل الذي يحصل عليه مؤجر آخر ادخل نفس التحسينات وفي نفس الوقت على عين أخرى تعتبر من اماكن القسم الخامس أو السادس . فقابل التحسينات ينبغي أن يكون موحداً بالنسبة لجميع الأماكن بغض النظر عن تاريخ انشائها ، إذ لا تلازم بين تاريخ انشاء المكان وتاريخ ادخال التحسينات .

والخلاصة انه في ظل القانون المدني لم يكن من الجائز أن يزيد مقابل التحسينات عن ٧٪ سنوياً من قيمتها ، وانه بعد صدور القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ والقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ لم يعد من الجائز أن يزيد مقابل التحسينات عن ٨٪ سنوياً من قيمتها .

ويتعلق هذا الحكم بقاعدة قانونية آمرة يخضع القاضي في تطبيقها لرقابة محكمة النقض .

٨ — بعض المحاكم الابتدائية تعطى فائدة ٢٠٪

تجرى بعض المحاكم الابتدائية على اعطاء المؤجر كمقابل التحسينات التي يدخلها على العين المؤجرة ، فائدة سنوية مقدارها ٢٠٪ من قيمة هذه التحسينات (مصر الكلية ١٧ ينايرسنة ١٩٥٥ دائرة ١٢ قضية رقم ٢٥٧ ؛ ٢٩ مارس سنة ١٩٥٨ دائرة ٤ قضية رقم ٣٢٥١ سنة ١٩٥٧ مشار اليهما في السنهوري ، الوسيط ، جـ ٦ ، ص٩٢٨ ، هامش ٢ ، وسليمان مرقس الطبعة الخامسة ص ١٠٧ هامش ٢ ؛ شمال القاهرة ٦ أبريل ١٩٧٢ دائرة ١٩ قضية رقم ١٠٢١٨ سنة ١٩٧١ حكم غير منشور) .

وهذه الأحكام تخرج خروجاً واضحاً على الأحكام الآمرة في التشريع المصري ، وتفتح في قانون ايجار الأماكن ثغرة واسعة قد تؤدى إلى ضياع كل فائدة من هذا القانون .

فمن ناحية المبادىء العامة للقانون المصرى لا توجد قاعدة واحدة تجيز أن تصل فوائد رأس المال إلى هذه النسبة الباهظة وهى ٢٠٪ سنوياً والتى هى أقرب إلى الربا من أى شىء آخر .

ومن ناحية قانون ايجار الأماكن فقد عبر المشرع بوضوح عن ارادته فى اعطاء المالك فائدة عن رأس المال الذى يقيم به المبنى مقدارها ٨٪ سنوياً وتشمل هذه الفائدة ليس فقط مقابل استثمار هذا المال بل مقابل استهلاكه أيضاً ، ومقابل نفقات الاصلاحات والصيانة والادارة ، ومن غير المعقول أن يقرر المشرع فائدة سنوية ٨٪ عن المبانى ، وتقرر بعض المحاكم فائدة سنوية ٢٠٪ عن التحسينات ، رغم انه لا يوجد ادنى فارق على الاطلاق بين المبانى وبين التحسينات التى تدخل عليها . فالتحسينات جزء لا يتجزأ من المبانى . والمشرع لم يفرق فى المبانى بين أى عنصر من عناصرها ، بل اعتبرها كلها مركباً واحداً ووحدة واحدة لا تتجزأ .

وإذا كانت الفائدة الباهظة التى تقررها بعض المحاكم كمقابل للتحسينات تخالف أحكام القانون الآمرة ، فانها يمكن أن تؤدى إلى انهيار قانون ايجار الأماكن الذى يقوم اساساً على مبدأ الحد الأقصى للأجرة ، إذ يكفى أن يقيم المالك المبنى على مرحلتين الأولى فى أضيق الحدود ويستحق عنها فائدة سنوية مقدارها ٨٪ والثانية على أوسع نطاق وتحت اسم التحسينات يستحق عنها فائدة سنوية ٢٠٪ ، ولن يكون المالك متحايلا فى هذه الحالة طالما انه يستفيد من الأحكام التى تقضى بها المحاكم . فالتحايل ليس حالة نفسية ، وانما هو خروج موضوعى على الحد الأقصى للاجرة كما يحددها القانون .

ومن حسن الحظ ان الملاك لا يعلمون شيئاً عن قضاء هذه المحاكم ، إذ لو علموا به لعمد كل واحد منهم فى كل حالة يخلو فيها مسكن لديه إلى ادخال تحسينات على هذا المسكن ثم تأجيره بعد ذلك إلى مستأجر آخر مع الحصول على فائدة سنوية عن هذه التحسينات نسبتها ٢٠٪ من قيمتها .

ولن يستطيع أحد أن يتهم مثل هذا المالك بالتحايل طالما أن هذا هو حكم القانون فى نظر بعض المحاكم . ان المالك الذى يفعل ذلك لا يكون متحايلا أو باحثاً عن فائدة ربوية ، إذا كانت هذه الفائدة الربوية يمنحها القضاء فعلا .

ولو حدث ذلك لانهارت الموازنة الدقيقة التى اقامها المشرع بين مصلحة الملاك ومصلحة المستأجرين .

والواقع انه لا يمكن العثور على أى تبرير لهذه الفوائد الباهظة . فلا يمكن القول مثلا أن هذه الفوائد مقابل تحسينات ليس لها طابع البقاء كالبناء نفسه . مثل هذا القول كان يصح لو أن المحاكم المشار اليها تلزم المستأجر بدفع تعويض عن هذه التحسينات أى رد قيمة هذه التحسينات للمالك فى صورة خمسة أقساط سنوية تستهلك بعدها هذه القيمة وتعود الأجرة إلى ما كانت عليه قبل ادخال التحسينات . أما أن تلزم المحاكم المستأجر بأن يدفع فائدة استثمار دائمة بنسبة ٢٠٪ سنوياً من قيمة التحسينات ، فهو ما لا يمكن قبوله ، ولا يجوز قبولة من باب أولى إذا كانت هذه التحسينات بحسب طبيعتها غير ثابتة تماماً وليس لها طابع البقاء كالبناء نفسه . إذ كيف تزاد الأجرة زيادة مؤبدة وبنسبة باهظة مقابل تحسينات أقل عمراً من عمر البناء ذاته . ان الحجة التى قد تثار فى هذا الشأن للدفاع عن هذه الفوائد الباهظة تذهب إلى عكس المقصود منها وتبرز بوضوح مدى المبالغة فى تقدير هذه الفوائد .

وقد يقال كحجة أخرى فى تبرير هذه الفوائد الباهظة ، انها مقررة بحسب الأصل لأماكن القسم الأول ، وهى أماكن اجرتها ضعيفة بالنسبة لأجرة الأماكن التى تقام الآن ، فلا بأس أن تزاد هذه الأجرة مقابل التحسينات بنسبة ٢٠٪ من قيمة التحسينات .

والرد على هذه الحجة فانه يكفى القول بأنه إذا كانت اجرة أماكن القسم الأول ضعيفة بالفعل الا أنها أجرة عادلة بحسب ما قرره المشرع

فى هذا الشأن وليس للقاضى أن يرفع هذه الأجرة بدافع الشفقة على المالك ولو كان ذلك تحت اسم التحسينات . ومن ناحية أخرى فان مقابل التحسينات يستحق كما سبق أن رأينا عن جميع الأماكن الداخلة فى الأقسام الستة المعروفة وليس فقط عن أماكن القسم الأول .

ومن ناحية ثالثةفلا أهمية لتاريخ انشاء المكان ، إذ لايوجدتلازم حتمى بين تاريخ انشاء المكان و تاريخ ادخال التحسينات ، بل الفرض الغالب ان تدخل هذه التحسينات فى تاريخ لاحق على انشاء المكان . وقد يكون انشاء المكان سابقاً على أول يناير ١٩٤٤ ولكن ادخال التحسينات قد تم فى عام ١٩٧٠ أو سيتم فى عام ١٩٧٥ أو فى تاريخ آخر .

وفى جميع هذه الفروض فان المسألة التى تعرض أمام القاضى هى تحديد الفائدة السنوية عن النفقات التى تكبدها المالك فى ادخال التحسينات . وتحديد هذه الفائدة من مسائل القانون المتعلقة بالنظام العام ، والتى يخضع فيها حكم القاضى لرقابة محكمة النقض .

وغنى الذكر أن المحاكم التى تعطى للمالك فائدة سنوية بنسبة ٢٠٪ من قيمة التحسينات لا يمكن أن تقيم قضاء فى هذا المعنى ، شأنها فى ذلك شأن الأحكام العديدة الأخرى التى كانت تعتبر من الجائز النزول عن دعوى تخفيض الأجرة نزولا صريحاً أو ضمناً ، وهى الأحكام التى نسختها محكمة النقض فى حكمها السابق الاشارة اليه .

ولا شك أن محكمة النقض سيتاح لها فى وقت قريب ، وبعد أن أزال القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ مانع الطعن فى أحكام المحاكم الابتدائية ، فرصة الحكم فى هذه المسألة الهامة التى تمس قانون ايجار الأماكن فى أهم مبدأ من المبادىء التى يقوم عليها هو مبدأ الحد الأقصى للأجرة .

خاتمة :

نختتم هذا المقال بالقول بأن عدم اجازة الطعن فى أحكام المحاكم الابتدائية طبقاً للمادة ١٥/٤ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ أدى إلى اضطراب أحكام هذه المحاكم اضطراباً بيناً على حد تعبير الدكتور السنهورى ، فى أكثر المسائل وضوحاً وتعلقاً بالمبادىء المسلم بها ، وأخطرها شأناً فى معاملات الناس . ومن هذه المسائل مسألة كيفية تحديد مقابل التحسينات فى أجرة الأماكن ، والتى لا تنفصل بأى حال عن تقدير الحد الأقصى لهذه الأجرة وهو أهم مبدأ يقوم عليه تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر .

والرأى الصحيح فى هذه المسألة أن تقدير قيمة التحسينات يعتبر من مسائل الواقع التى تخضع للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع . أما تقدير المقابل السنوى لهذه القيمة ، فمسألة قانون يخضع فيها حكم القاضى لرقابة محكمة النقض . وكان من الواجب فى ظل القانون المدنى وقبل صدور القانونين ٤٦ لسنة ١٩٦٢ و ٥٢ لسنة ١٩٦٩ أن يقدر هذا المقابل بحد أقصى هو ٧٪ سنوياً من قيمة التحسينات . أما بعد صدور القانونين المشار اليهما ، فان مقابل التحسينات أصبح ٨٪ سنوياً من قيمتها . أما الأحكام التى تقضى بفائدة استثمار قيمتها ٢٠ ٪ سنوياً من قيمة التحسينات فهى تقرر فوائد ربوية لا يقرها النظام القانونى فى مصر ، ولا تتفق مع الأحكام الآمرة فى قانون ايجار الأماكن ، وتتعارض مع الغرض الرئيسى من هذا القانون ومع التوازن الدقيق الذى يقيمه بين مصلحة الملاك ومصلحة المستأجرين .

تم بمشيئة الله ، طبع هذه المجلة ،
بمطبعة جامعة الاسكندرية ، فى يوم
السبت ١٠ من مارس ١٩٧٣

مدير المطبعة
محمد يوسف البساطى

BIBLOGRAPHY

Dupuit, J. De L'utilite Et Sa Mesure (1944). Reprint *La Rifoi m.a Sociale.*

Goldberger, A. S. *Econometric Theory* (New York, 1964) ,p. 306 — 307.

Kicks, J. R. A *Revision of Demand Theory.* Oxford : Clarendon, 1956, pp. 59—106, 169 — 179.

Hotelling, H. "The General Welfare in Relation to Problems of Taxation and of Railway and Utility Rates." *Eciniluca,* Vol. 6, (1938) pp. 242 — 269.

Koopmans, T. C. "Identificatopç Problems in Economic Model Construction", *Econometrica,* Vol. 17 (-pril 1949), reprinted in W. C. Hood and T. C. Koopmans (eds), *Studies in Econometric Methods,* Cowels Commission Monograph 14 (New York 1953).

Lange, O. "a Reformulation of Certain Aspcts of Welfare Economics" *Econometrica,* Vol. XIV (1946), pp. 69 — 78.

Marshall, A. *Prinziples of Economics.* 8th Edition. New York : Macmillan, 1948, pp. 124 — 133, 830 — 831.

Tintner, G. "A Note on Welfare Cconomcs," *Econometrica,* Vol. XIV, (1946), pp. 69—78.

——————. *The Econometrics of Development and Planning,* (First Draft 1964) in mimeographed form.

Theil, H. "Econometric Models and Welfare Maximization," *Weltwirtschafliches Archiv.* Vol. 72, (1954), pp. 60 — 83.

——————. *Economic Forecasts and Polucy.* Amsterdam : North Holland

—————— , *Economic Forecasts and Policy,*Amsterdam", North Holland Publishing Co., 1961, pp. 272 — 528.

Thomas, H. A., Jr. and Revelle, R. "On the Efficient Use of High Aswan Dam for Hydropowerand Iriigation,"*Managemen Science* Vol. XII, No. 8 (April 1966) Vol. XII, No. 8 (April 1966), pp. 296 — 311.

Winch, D. M." Consumers' Surplus and Compensation Principle," *American Economic Review,* Vol. 55, (1965), pp. 395-423.

2. That there is a loss of potential surplus, due to the fact that shifts in supply outstrip shifts in demand to the effect that the two curves would intersect in the fourth quadrant.

3. The loss in potential surplus wold still occur when we take into account the taget of the UAR plan to double the natonal income by 1969. This conclusion, however, is on the assumption that no further growth in national income after 1969 is considered.

It is to be noted that conclusion (1) will be somewhat weakened and (2) and (3) would be strengthened if some — or all of the assumptoins underlying the shifts of the curves do not hold. This would occur — in the case based on the multiplier — if the actual annual local expenditure on the project is less than L.E. 20 million, or if the marginal propensity to consume is substantilly less than the estimated figure used in this study. Or — and this applies also to the case of doubling national income — if the productivity of the new land is not as low as estimated by the Institute of National Planning, or if improved drainage conditions — with considerable effect on productivity of the old land — is taken into account.

4. That an increase in national income — required for shifting the demand curve — as to be generated fromoutside the agricultural sector, in order to recapture the loss. The hydroelectric power,[10] that is to be created by the project, is now brought into effect. Industrialiation becomes a must, even if only to maximize the surplus from agriculture.

In other words, distragrding its contribution to industry, has serious effects on the project's maximum contribution to agriculture. The criterion applied in this study should be credited for bringing this conclusion into focus.

---

10 For a mathematical model for a balance between the two uses, see H.A. Thomas, Jr. and R. Revelle. "On the Efficient Use of High Aswan Dam for Hydr-o power and Irigation. "*Management Science*, Vol.XII, No.8, (April 1966), pp. 296—311.

annual rate of 7.2 per cent[8]) beyond the plan Target date of 1969 is required to bring X_2 to a value $\geqslant 0$.[9]

A value of $X_2 = 0$. however, is as implausible as a negative value. Agricultural products would be free goods. It is difficult to foresee the rate of growth in the UAR after 1969. Houwever, if the same growth of 7.2 will continue, there is no chance of X_2 failing below 80.

But even if only a mild 3 or 4 per cent rate takes place from 1969—1977, the theoretical negative values of X_2 will never occur in reality. Table VI lists these values.

Table VI.

Year	Equilibrium X_2 with 3% growth in N.I.	Equilibrium X_2 with 4% growth in N.I.
1970	106.551	108.889
1971	94.906	99.746
1972	83.476	90.993
1973	72.269	82.644
1974	61.292	74.716
1975	50.552	67.225
1976	40.055	60.190
1977	29.810	53.628

Conclusions

The fact that negative values of X_2 will not actually occur does not affect our basic conclusions :

1. That the Aswan High Dam is economically justified on its own metrits, even if we assume that the national income of the UAR does not increase beyond the multiplier effect on expenditures of the poject.

8This being the same as the Plan rate of groth which will double the National Income in ten years.

9Actually, a 7.2% rate lf grwoth annually for two years, beginning with the 1969 National Income (target) would result in equilibrium $X2 = 2.4$.

We readily observe that the net gain in surplus for either year, and either dicount rate, is such that we could even diregard the rest of the gain in surplus (i.e., until 1977) for our pourpose. The net gain in surplus. up to this point (1969 or 1970), obviusly justifies the project economically on the basis of its contributions to agriculture alone, i.e., the first part of the surplus alone exceeding the cost by a very comfortable margin.

Waste of Potential Surplus

We have seen (Table II) that negative values of the surplus result in the last two yeas of the period; the supply curve shifts with a pace which takes it — in the years 1975, 1976, and 1977 — out of the range of the positive triangular area under a demand curve. which represents the situation in 1969, and remians unchanged thereafter. The negative values of the surplus are outcomes of the intersection of the two curves in the fourth quandrant.

Lest us relax our basic assumption — of abstracting from all other developments — and take into account the policy of UAR planners to double national income by 1969 (base year oncome,1959/1960), assuming first, that the target will be realized,and second, that no further increase in national income will take place. Our findings still give two negative values of equilibrium X_2 :

$$1976 : X_2 = -13.678$$

$$1977 : X_2 = -23.548$$

Although a negative value is implausible, this statistical finding has a meaningful economic interpretation : there is more potenital gain, from the project, which would be lost as a reslt of the slow shift in the domestic demand curve for agricultural products.

To recapture this part, the demand curve has to be pushed further to the right by a process of increasing national income. But there is an important requirement for achieving the desired result by the type of shift which we here suggest : the increase in national incime must be generated from outside the argicultural sector to avoid further losses in potential gain. Any further imrovement in this sector, at this stage, would result in a further shift in the supply curve to the right and more negative magintudes of the surplus would occur.

Further Considerations

It is estimated from our study that two years of growth (at an

Table IV.

Year	Equilibrium Value of X_1	Equilibrium Value of X_2
1959	2 525.276	95.845
1960	2 530.937	106.330
1961	2 536.599	116.814
1962	2 542260	127.299
1963	2 547.922	137783
1964	2 553.384	148.268
1965	2 924.931	129.883
1966	3 269.278	131.498
1967	3 667.625	123114
1968	4 038.973	114729
1969	4 410.320	106.444
1970	4 776.005	87.475
1969	5 141.691	68.608
1972	5 507.377	49.737
1973	5 873.377	90.862
1974	6 238.740	11.899
1975	6 604.433	— 6.871
1976	6 970.177	—25.740
1977	7 335.805	—44.610

Table V.

Border line year	Equilibrium X_2	Net gain in suprlus until the border line L.E. at 3%	L.E. at 6%
1969	106.344	113 132 574	63 312 140
1970	87.475	140 215 759	83 624 529

It should be observed that one of the X_2 values in Table V lies above the equilibrium X_2 of the initial situation, while the o'her lies below it, and either of them oould be considered approximately qual to it.

Table III.

Year	Number	Value to be in Million L.E.	Discouted Discounted By $(1/(1+0.03)_t$	Discounted by $(1/1+0.06)_t$
1960	0	20.000	20.000	20.000
1961	1	20.000	19.420	18.860
1962	2	20.000	18.860	17.800
1963	3	20.000	18.300	16.800
1964	4	20.000	17.760	15.840
1965	5	20.000	17.260	14.940
1966	6	20.000	16.740	14.100
1967	7	20.000	16.260	13.300
1968	8	20.000	15.780	12.540
1969	9	20.000	15.320	11.840
Total		200.000	10.750	175.700
Undiscounted Part of Cost		187.500	187.500	187.500
Total Cost		387.500	363.200	343.520

approximately equal. Results of our study fare poorly in this regard, and the sum total of the increased suprlus may be considered overestimated.[7] Not only does the equilibrium price of the terminal position fall far below that of the initial position, but it even falls below the horizontal axis and attains a negative value. Table IV lists equilibrium values of X_1 and X_2 over eighteen years.

We therefore suggest that we consider for the moment, only the gain in surplus from the year 1960 until a future year is reached where equilibrium value of price ($X2$) is approximately equal to that of 1959 (i.e., 95.845). Two such years are examined as alternative cut-off points, as indicated in Table V.

7For more details on this point, the reader is referred to A. M. Kandeel, "The Surplus Approach for Project Appraisal," a Doctoral dissertation, University of Southern California, 1966, Chapter III.

Table II

Year	Number	(1) Δ Surplus	(2) (1) Discounted by 1/(1+0.03)t	(3) (1) Discounted by 1/ (1+0.0.06)t
1960	0	+27 255.112	+27 255.112	+27 255.112
1961	1	+27 318.582	+26 526.343	+25 761.423
1962	2	+27 379.677	+25 819.035	+24 367.913
1963	3	+27 438.175	+25 105.930	+23 048.067
1964	4	+27 501.763	+24 421.566	+21 781.396
1965	5	+83 686.537	+72 221.481	+62 513.483
1966	6	+84 536.613	+70 757.145	+59 558.312
1967	7	+85 384.284	+69 417.423	+56 780.549
1968	8	+89 366.119	+70 509.868	+56 032.557
1969	9	+83 949.824	+64 298.671	+49 692.968
1970	10	+36 402.131	+27 083.185	+20 313.289
1971	11	+29 303.130	+21 156.860	+15 442.479
1972	12	+22 204.212	+15 555.153	+11 036.493
1973	13	+15 105.236	+10 286.666	+ 7 084.356
1974	14	+ 8 006.287	+ 5 292.156	+ 3 538.779
1975	15	+ 940.947	+ 604.088	+ 390.375
1976	16	— 5 963.768	— 3 713.427	— 2 349.725
1977	17	—12 864.043	— 7 782.746	— 4 792.560
Total		+656 941.818	+517 567.397	+430 260884

favorable; the net gain amounting nearly to one-half of the cost, while at 6 percent it is barely a quarter of the cost. Moreouver, the difference between the two values of the surplus at the two discount rates isfour and one-half times the difference between the two alues of cost at the corresponding discount rates.

Essential for acceping the conclusion for this criterion, however, is that equilibrium prices of the initial and terminal positions are appro-

2. Local expenditures on the progect are estimated at L.E. 20 million for each construction year,[5] i.e., total of L.E. 200 million.

3. The marginal propensity to consume is estimated for the period at 0.8265.[6]

4. Shifts in demand would take place over the period 1960—1969.

5. Shifts in the supply curve are assumed to result only from the addition of 1.3 million acres of cultivable land. Increased productivity of the old land is not considered in this study.

6. It is expected that about 100, 000 acres of new land would be added annually for 13 years .

7. Officials estimate that the lower productivity of the new land — during the first 20 years — is such that 100,000 acres would equal only 62,000 acres of the old land in terms of yield.

8. Until 1964 the published figures did not show any addition of new land. Would. We therefore assume that the first 100,000 acres would have been added during 1965; the thirteen years of shift in supply will then end in 1977

9. The total period during which shifts of either of the curves or both are estimated, is 1960 to 1977 inclusive.

After having determined the values of the two equations for each year, and that of equilibrium X_1, the differences in the value of the integral were dicounted over time by the proper $1/(1+r)^t$ (r = rate of interest). We used, for this process, two altrnative calues of r, i.e., 3% and 6%. Results are listed in Table II.

Table II indicates that there is a substantial increase in the surplus at either one of the discount rates. In order to evaluate the results, the surplus must be compared with costs. Out of the relevant cost (to agriclture) of L.E. 387.5 million, L.E. 200 million is to be spent over the ten-year period of construction, and discounting over time is to be appliod of construction, and discounting over time is to be applied to this protion as well.

Comparison of surplus and cost shows that there would be a sizeable net gain of L.E. 145, 367 and L.E. 86,740, at 3 and 6 per cent, respectively. Results of the 3 per cent interest, however, are far more

---

6M. M. El-Imam, Models Used in Drafting the 20-Years Plan)1959—1978) Institute of National Planning, Memo., No., 255 (Dec. 1962), Cairo, p. 11.

Table 1.

Parameter	Value	Stand. Error	Statisticst	Significant Level
K_2	—19.380	1.398595	13.856763	1%
K_3	+1.812	0.518140	3.497124	2%
L_2	+0.540	0.813700	0.663635	Not Significant
L_4	+6.014	3.386610	1.775876	10%

Putting the exogenous variables X_3 and X_4 at their mean values, we obtain the following valus for equations (1) and (2) :

Demand : $X_{1(t)} = 4382.781 - 19.380\ X_{2(t)}$

Supply : $X_{1(t)} = 2473.519 + 0.450\ X_{2(t-1)}$

and the equilibrium value of $X_1 = 2525.276$.

Assuming that the two equations represent the situation in 1959, i.e., immediately before construction work on the project began, we proceed to calculate the initial consumers' and producers' surplus. For the integration process, we transform the two equations into the form :

Demand : $X_2 = 226{,}149 - 0.0516\,X_1$

Supply : $X_2 = 4580.591 + 1.851\,X_1$

and the area between these two curves is equal to

$$\int_0^{2525.276} (226.149 - 0.0516X_1)\,dx_1 - \int_{2473.519}^{2525.276} (-4580.591 + 1.851X_1)\,dx_1$$

$$= 404\ 191.406$$

Since the figures of X_1 used in this tudy are in thousand units, the initial consumers' and producers' surplus is : L.E. 404, 191, 406,

As a result of the project, both the supply and semand curves are expected to shift, The following are the assumptions on the bais of which these shifts are estimated :

1. For estimating the shifts in demand, we abstract from any increase in national income, other than what would result from local expenditures on the project and the multiplier effect.

5R. El-Mallakh, "Some Economic Aspects of the Aswan High Dam Project in Egypt, " *Land Economics* (February 1959), p. 21.

The model has two endogenous variables, i.e. $X_{1(t)}$, $X_{2(t)}$. and three predetermined variables, i. e., $X_{2(t-1)}$, $X_{3(t)}$, $X_{4(t)}$. Since both equations are thus overidentified[3], we use the twostage least squares method[4] to estimate the coefficiets $K_0, K_2, K_3, L_0, L_2,$ and L_4.

In the first stage we estimate the reduced form equations,

$$\hat{X}_{1(t)} = a_0 + a_2 X_{2(t-1)} + a_4 X_{4(t)} \quad (3)$$

$$\hat{X}_{2(t)} = b_0 + b_2 X_{2(t-1)} + b_3 X_{3(t)} + b_4 X_{4(t)} \quad (4)$$

and obtain the following values :

$\hat{a}_0 = -32325.379$ $\quad \hat{b}_0 = +1053.991$

$\hat{a}_2 = +\ 0.540$ $\quad \hat{b}_2 = +0.115742$

$\hat{a}_4 = +\ 6.014$ $\quad \hat{b}_3 = +0.053397$

$\hat{b}_4 = -0.176999$

Using equations(3) and (4), we generate a series of estimates $\hat{X}_{1t}$ and $\hat{X}_{2t}$ for the nineteen observations.

In the second stage. the structural equations atc estimated. Using the series $\hat{X}_2$ —instead of $\hat{X}_2$ — in equatin (1), the demand equation is estimated as :

$$\hat{X}_{1(t)} = 2508.952 - 19.380\ X_{2(t)} + 1.812\hat{X}_{3(t)}$$

The supply equation (2) is already in a reduced form, and the values of $L_0, L_2,$ and L_4 are identical to those of $\hat{a}_0$, $\hat{a}_2$, and $\hat{a}_4$. Equation (2) is thus equal to :

$$X_{1(t)} = -\ 32325.379 + 0.540\ X_{2(t)} + 6.104\ X_{4(t)}$$

The following table shows the significance of the regression coefficients.

---

3. T. C. Koopmans, "Identification Problems in Economic Model Constru-tion," *Econometrica*, April 1949; G. Tintner, *The Econometrics of Develoment and Planning*, Draft, p. 143.

4 H. Theil, *Economic Forecast and Policy* (Amsterdam 1965), Revised Ed., pp. 228—240; G. Tintner, *The Economics of Development and Planning* pp. 162— 169.

for the present study. The figures we use are taken from several sources. Several of the time series for some variables were incomplete in the original form, thus making it necessary to fill in the gaps (some for a peiod of several years), by statistical estimation.

Our study is performed with only nineteen observations (i.e., 1946-1964). The price variable is composed of price indices of a few main crops, together with a price index of an aggregate variable named „other crops," with each index's contribution to the general price index weighted by the share of the value of each variable in the total value of agricultural output. Steps were taken to obtain figures for domestic supply-and-demand of agricultural produts in terms of an aggregate unit, and adjustments for stocks and for foreign trade were performed.

The methodology consists of estimating domestic supply and demand equations for agricultural products. Integration is used to obtain the initial value of the area between the two curves. We determine the degree of shifts of the supply and demand curves as a result of the project-over the period 1960—1977. Finally, we calculate the ensuing increase in the value of consumer's and producers' surplus. Eighteen separate values of the area between the two curves are obtained for the eighteen years covered, and the difference between each two successive years is estimated. After properly discounting over time, these values are added, and the total is then compared with the relevant cost, similarly dicounted. If the surplus turns out to be greater than costs, then the project will be economically justified on the basis of its benefits from the agricultural sector alone.

The two structural equations are assumed to be of the form :

Demand : $X_{1(t)} = K_0 + K_2K_{2(t)} + K_3X_{3(t)}$ .. (1)

Supply : $X_{1(t)} = L_0 + L_2X_{2(t-1)} + L_4X_{4(t)}$ .. (2)

where $X_{1(t)}$ is the quantity of agricultural product at time t

$X_{2(t)}$ is the price of agricultural product at time t

$X_{2(t-1)}$ is the price of agricultural product at one year earlier

$X_{3(t)}$ is the national income at time t

$X_{4(t)}$ is the cultivated area at time t

2 UAR Publications : National Bank of Egypt : *Economic Bulletin*; Memos of Institute of National Planning.

ECONOMIC APPRAISAL OF THE ASWAN HIGH DAM*
A NEW APPROACH

Dr. GERHARD TINTNER
Department of Economics University of Southern California, California

Dr. ABDEL-FATTAH M. KANDEEL
Faculty of Econ. and Pol. Science Cairo University, Cairo

In this essay the authors attempt an economic evaluation of the Aswan High Dam, using the concept of consumers' and producers' surplus.[1] A comprehensive treatment of our subject would no doubt require the inclusion of both the agricultural and industrial sectors of the UAR economy. We were unable to treat our problem in this way, however, for several reasons. Aside from the fact that the full range of the project's effects on the industrial sector cannot be totally conceived of at this stage, the inavailability of the necessary data, from that sector, was the major obstacle. Faced with these problems, we decided to limit the scope of our study to the agricultural sector.

Data and Methodology :

In its comprehensive survey and study conducted diring the period 1954—1956, the International Bank for Reconstruction and Development estimated the cost of the project at L.E. 465 million (at the 1956 rate of exchange L.E. 1.00 = $ 2.78). Figures published by the UAR Information Departument indicate that L.E. 77.5 million of the cost are being devoted to hydroelectric machine construction, transmitting electric power, and building several stations for that purpose. The rest of the cost, i.e., L.E. 387.5 million, can therefore be assumed to represent the share of agriculture in the total cost of the Dam.

The set of data used for estimating domestic demand and supply functions for agricultural producs was not available in the form necessary

---

* Research supported by the National Science Foundation, Washington, D. C.

1 G. Tintner, *The Econometrics of Development and Planning* (First Draft, 1964), 1964), pp. 500 — 505.

jusqu'à une anticipation du concept de la plus-value.[1] "les bénéfices des hommes influents de la terre représentent l'appropriation du travail gratuit ou de tributs d'autrui".[2]

C'est le problème de la valeur qui se trouve au centre de l'économie politique et qui sera ainsi traité trois siècles plus tard par W. Petty[3]. considéré comme le fondateur de l'économie politique en tant que science. Pourqoi Ibn Khaldoun n'est-il pas alors considéré comme le fondateur de cette science? Cela peut être attribué au fait qu'Ibn Khaldoun n'a pas traité les autres problèmes économiques d'une manière systématique afin de dégager les lois objectives régissant les phénomènes économiques. Ce qui peut s'expliquer par le fait que l'agriculture, où la période de production est assez longue, faisait l'activité économique dominante malgré un certain épanouissement de l'activité du commerce. De plus, cette agriculture était effectuée par de petites unités isolées. Le rythme de la répétition de l'activité économiqe est donc lent. D'où la difficulté d'observer la régularité de l'activité économique.[4]

Il n'en demeure pas moins qu'Ibn Khaldoun , au sein d'une société fondée sur la petite production marchande, fait figure de précurseur. Il faudra un nouveau et profond bouleversement du mode de production de la réalité économique, pour que l'homme puisse prendre conscience de toutes les contradictions contenues dans la production des marchandises et dans la marchandise elle même, pour que l'économie politique puisse effectivement naître en tant que science. Ce qui sera réalisé à l'ère capitaliste, ère de la production marchande généralisée.

---

1. Il arrive même à entrevoir la réduction du travail complexe au travail simple "il y a des métiers qui sont simples, et il en est d'auters qui sont complexes .... On commence par enseigner ceux qui sont simples qui concernent les nécessités de la vie et dont on a le plus grand besoin. C'est donc par eux que l'on commence, mais leur enseignement est assez imparfait. Cependant, l'esprit humain ne cesse de perfectionner tous les arts, du simple au complexe, en passant de la thèorie à la pratique, par la découverte successive d'une chose après l'autre jusqu'à la perfection". Ibid, p 400.

2. Ibid, p. 389.

3. Pour Petty "la question la plus importante de l'économie politique" sera celui de réduire l'une des deux sources de la valeur, le travail et la nature, à l'autre, c'est-à-dire, trouver le rapport naturel entre la terre et le travail de manière à pouvoir exprimer la valeur par un seul de ces deux termes". Voir l'Anatomie politique de l'Irlande, p 204 et Traité des taxes et contributions, p 43 — 44.

4. Il falut attendre le dix-huitième siècle pour que la régularité de mouvement, dans le domaine des phénomènes écomiques, s'impose aux observateurs. Cela a été du à l'apparition d'un marche national qui a unifié et coordonné toutes les activités économiques de la société, ainsi qu'à l'essor de l'activité industrielle comme activité dominante, avec laquelle s'accélérera le rythme de la répétition des actes économiques.

Quant à la valeur, à laquelle Ibn Khaldoum consacre la première section du chapitre traitant des problèmes économiques[1], il affirme que tout enrichissement est, en dernière analyse, le produit du travail des artisans : "le travail de l'homme est nécessaire à toute acquisition, à tout capital. Quand la source de l'acquistion est le travail personnel, comme dans l'exercice d'un métier, la chose est évidente. Elle l'est moins quand il s'agit d'animaux, de plantes ou de mines (il veut parler de l'agriculture et du travail des mines, M. D) : pourtant, comme on peut le voir, c'est encore l'effet du travail de l'homme. Sans lui, point de profit et nul avantage"[2].

Le travail est donc, pour Ibn Khaldoun, la source de la valeur.. Un peu plus loin, il nous dit que l'utilité est la condition de la valeur; pour que le produit ait une valeur, il faut qu'il soit socialement demandé[3]

Ibn Khaldoun élargit cette notion de la valeur : si les prix[4] des denrées d'alimentation en Espagne sont plus élevés qu'en Afrique du Nord, c'est parce qu'il faut un travail plus long et une quantité plus grande "des frais qu'entraîne l'agriculture"......, l'emploi du fumier par exemple; et non pas parce que les vivres y sont plus rares.[5] Ici, contrairement aux scolastiques, ce n'est plus la détermination du juste prix, c'est l'explication des prix courants qui est recherchée.

Voilà donc le résultat de l'analyse d'Ibn Khaldoun : une théorie de la valeur travail formulée sous une forme générale qu'il poussera même

---

1. Cette section est intitulée" Subsistance et Profit : le gain représente la valeur du travail", op. cit., p 380 et sqq.

2. Ibid., p. 381. Voir aussi p. 382 et Ch., IV, Section 11, intitulée : La prospérité est due à la démographie; p. 360 et sqq.

3. "En effet, les métiers ne peuvent se développer que si on les recherche s'ils ont beaucoup de demandeurs". Ibid, p 403. Et aussi, "tous les marchés sont approvisionnés selon les demandes du public", p 362.

4. La notion du prix implique celle de la monnaie. A propos de cette dernière, Ibn Khaldoun nous parle de "l'or et l'argent, comme (étalon de la) valeur du capital. Aux yeux des hommes, c'est: par excellence ce qui constitue les trésors et la propriété. Même si, dans certaines circonstances, on acquiert autre chose, c'est uniquement pour pouvoir, finallement, la convertir en or ou/en argent". Ibid, p 381. C'est déjà la monnaie conçue dans l'échange de type : argent-marchandise argent.

5. "Quand on parle de la cherté de la vie en Espagne, on croit qu'elle est due à la rareté des vivres et des grains. Mais ce n'est pas le cas .... La véritable cause .... est ce que nous avons mentionné ci-dessus". Ibid, p364.

de l'observation personnelle[1]), le commerce[2], et les autres services. Toutes ces activités sont naturelles[3], avec une seule exception; "servir un maître n'est pas un moyen naturel de gagner sa vie". Par maître, Ibn Khaldoun entend le gouvernement[4] et "ceux qui vivent dans le luxe et sont trop fiers pour s'occuper eux-mêmes de leurs besoins, ou sont incapables de le faire vu la mollesse de leur éducation".[5]

L'activité écomique se base sur la division de travail. Et il s'agit ici de la divisoin professionnelle du travail. "Les hommes excercent de très nombreux métiers, résultat du travail considérable des pays civilisés. Ils sont si nombreux qu'ils sont innombrables". Mais les métiers de base menui sont, selon Ibn Khaldoun, l'agriculture, la constrution, la couture, la menuiserie. le tissage......, l'obstrétique, la calligraphie, la production des livres, le chant et la médecine" [6]. Il se contente d'étudier en détail ces métiers de base.

---

1. "Un métier (sinâ'a) est une aptitude acquise dans le domaine du travail et de la pensée". "L'habileté d'un artisan dépendra de la qualité de sa formation, c'est-à dire, du talent de son instructeur". Ibid, p. 399 — 400.

2. "Par le mot commerce", on désigne la recherche du profit par l'augmentation du capital, en achetant bon marché ce qu'on revend très cher". Ibid., p. 394.

3. Comparer Aristote qui ne considère pas le commerce comme une activité naturelle; mais dans la société musulmane du quatorzième siècle, le rôle du commerce était déjà très important, d'où l'opinion d'Ibn Khaldoun.

4. "Tout sultan a besoin de serviteurs, de soldats, de policiers, de secrétaires, pour toutes les branches du commandement et du pouvoir". Ibn Khaldoun, op. ci., p. 383 — 4.

5. Bien qu'elle soit non naturelle, "servir son maître" est une activité excercée dans la société". Malheureusement l'homme se laisse entraîner par l'habitude4. car l'homme n'est pas l'enfant de sa famille: il est le fils de ses habitudes", Ibid., p. 38

6. Ibid. p. 405.

7. Cf. Ibid., p. 406 — 28. On sait que Adam Smith s'est beaucoup intéressé à l'étude de la division du travail, et plus précisément à la division technique du travil, au sein de l'entreprise capitaliste (Voir chapitre I, II et III du livre I, An Inquiry into the Nature & Causes of the Wealth of Nations). On sait aussi que W. Pitty a bien étudié le phénomène (voir Arithmétique Politique, p. 282 — 3 et p. 521) Certains auteurs (cf. G. Amin, Principes de l'analyse économique, Le Caire, 1967, p. 193.) soutiennent qu'Ibn Khaldoun a bien avant Smith, saisi le phénomène de la division, du travail, Cela manque, à notre avis, de précision. Car, tandis qu'Ibn Khaldoun étudie, au cours du 14° siècle, la division prefessionnelle du travail, A. Smith s'intéresse, suivant les pas de W. Pitty, à la division soit disant technique du travail, phenomène devenant frappant au sein de l'entreprise capitaliste du dix-huitième siècle.

outre, El Makrisi remarque qu'au cours de la période de famine où les biens sont rares et les prix élevés, à savoir, une situation de pénurie, et avec l'existence de deux sortes de monnaie, d'argent et de cuivre, monnaie d'argent commence à disparaître du marché faisant place à la monnaie de cuivre. Car la hausse des prix signifie une baisse du pouvoir d'achat de la monnaie. Il sera plus avantageux, pour les individus, de transformer les pièces faites d'argent, (un métal plus précieux que le cuivre) en métal, pour l'utiliser en tant que tel[1] (dans la fabrication des bijoux et des ustensiles) dans une situation où existent deux monnaies fabriquées de deux métaux dont un est plus précieux que l'autre — une situation de "bimétallisme" — la mauvaise monnaie chasse la bonne. C'est là une anticipation de la loi dite de Gresham[2].

III

Pour IBN KHALDOUN, Abdelrahman, philosophe ou sociologue de l'histoire, né à Tunis en 1332 et vivant en Afrique du Nord (dans le sens large du mot) jusqu'en 1406, bien connu par ses "Prolégomènes ou AL-Muqaddema"; pour lui, qui s'intéresse aux problèmes économiques en tant que tels[3], la richesse des nations réside dans les "produits des arts et des métiers". Ces produits, les biens, peuvent être soit nécessaires, soit produits de luxe.[4]

Les modes d'acquisition de ces biens sont l'agriculture, l'industrie (qui exige une formation (technique) laquelle vient de l'enseignement et

---

1. El Makrisi, op. cit., p. 71 — 72.

2. Sir Thomas Gfesham, un banquier, commerçant et entrepreneur anglais, 1519—1579. "Cette loi se trouve déjà exposée par Aristophane, Oresne, N. (penseur scholastique, 1320 — 1382) et, à tout le moins, par quelques autres auteurs du XVI° siècle". Dictionnaire des Sciences Economiques, Tome I, p. 588.

3. Il consacre aux problèmes économiques le chapitre V de son ouvrage, intitulé : Comment gagner sa vie : Le gain et les métiers. Discours sur l'histoire universelle, Al-Muqaddima, Librairie commerciale, Le Caire (en arabe), P. 380 — 429.

4. Les produits de "première nécessité : l'alimentation : le blé. l'orge, les fèves, les pois-chiches et autres comestibles, l'oignon et l'ail" se vendent sur le marché. Il y a aussi "les produits de luxe comme less condiments et les fruits" Ibid, p. 362— 3.

ction et la reconstruction des rives des canaux d'irrigation augmentèrent[1]. Tous ces facteurs avaient des effets défavorables sur la production agricole surtout dans une ambiance d'oppression et d'injustice de la part de l'administration, qui ont poussé les paysans à quitter la terre.[2].

3. Le facteur monétaire. El Makrisi trouve dans l'augmentation de la quantité de la monnaie en circulation, et surtout à propos d'une certaine sorte de monnaie métallique, une des causes de l'augmentation du niveau général des prix, puisqu'il parle de l'augmentation des prix de toutes les marchandises et de tous les services.[3] Et en traitant de cette cause, El Makrisi donne une brêve histoire de la monnaie en Egypte : de l'utilisation de la monnaie d'or (le dinar); de l'introduction, au dixième siècle, de la monnaie d'argent (le darhem) utilisée, au début, pour le paiement des dépenses quotidiennes des ménages, et ne recevant une acceptation générale qu'au trézième siècle[4] de l'utilisation des marchandises autres que les métaux, dans les différentes régions de l'Egypte, pour régler le paiement des petites transactions ayant une valeur très minime; de l'introduction très timide au début, de la monnaie de cuivre (le flous) dans ces petites transactions, pour qu'elle devienne la monnaie dominante au 13ième siècle[5]. C'est l'augmentation de la quantité de cette dernière monnaie, au détriment d'ailleurs de la monnaie d'or et d'argent, qui représente l'une des causes de l'augmentation des prix.

Ainsi, El Makrisi met en relief l'effet du facteur monétaire ou plus précisèment la quantité de monnaie, sur l'ensemble de la vie économique; à travers son effet sur le niveau général des prix, représentant donc une anticipation de la théorie quantitative de la monnaie[6]. En

1. Ibid., p. 46.
2. Ibid., p. 44.
3. Ibid., p. 42.
4. Ibd., p.64—66.
5. Ibid. p. 66 — 71.

6. Selon la formule plus élaborée de cette théorie, établie par Irving Fisher (économiste américain de l'Université de Yale, 1867—1947) qui introduit la monnaie scripturale et la vitesse de circulation, la théorie se présente comme une équation des échanges : $MV + M'V' = PT$, où M = quantité des espèces en métal et en billets; V = vitesse de circulation de ces espèces; M' = voume des dépots bancaires; V' = vitesse de circulation de ces dépots; P = prix moyen des transactions; T = volume des transactions. Cf. J. Marchal et J. Lecaillon, Les Flux monetaires, Editions Cujas, 1967, p. 678 et sqq.

commerçants moyens; les agriculteurs — et il distingue ici les agriculteurs riches des paysans—; les "pauvres" — la majorité des savants et des étudiants et les petits fonctionnaires; les artisans, les personnes des professions libérales et les salariés; et finalement les nécessiteux vivant de charité en marge de la société. Cela fait l'objet du troisième chapitre. Enfin, dans un quatrième chapitre, l'auteur suggère quelques remèdes pour sortir d'une telle situation et pour l'éviter dans le futur. Et ici il met l'accent sur la nécessité de s'attaquer au problème de la monnaie utilisée dans la vie économiqe. Quant au genre de la monnaie, il est pour une monnaie en'or'et en 'argent', pas en autres métaux; et quant à la quantité de la masse monétaire, qu'elle ne soit pas exagérée et qu'il faut la réduire dans une telle situation.[1]

S'intéressant aux problèmes économiques, El Makrizi avance des idées pénétrantes concernant les phénomènes monétaires. En décrivant les différentes famines vécues par l'Egypte, on voit clairement qu'il s'agit d'une situation caractérisée par une sous-production de valeur d'usage. Une telle sous-production est provoquée, toujours selon notre auteur, par des causes naturelles et autres. En traitant des causes des famines en général, El Makrizi parle des causes extra-économiques (naturelles : la défaillance du Nil en Egypte, le manque de pluie dans d'autres pays, les calamités naturelles)[2]. Mais en ce qui concerne les famines de son époque, il existe des causes autres que les naturelles, à savoir :

I. La corruption de l'administration, un facteur qui produit un effet direct sur la production dans une société où l'Etat, et l'Etat centralisé, a toujours joué un rôle prépondérant[3]. A cette corruption, s'ajoute la pratique monopolistique de l'Etat. Pendant la famine, de grandes quantités de céréales se trouvaient entre les mains des 'gens de l'Etat"[4] grâce à l'impostion d'un taux très élevé, sans précédent, d'impôts en nature. Le public ne pouvait accéder à ces céréales qu'en payant les prix imposés par les "gens de l'Etat".

2. L'augmentation de la rente foncière ainsi que le prix des semences et les salaires des travailleurs agricoles (dont le nombre a beaucoup diminué)[5], De plus, les heures corvéables pour la construc-

---

1. Cf. l'édition de Dar Ibn El Walid, Beyrouth, 1956.
2. El Makrisi, op. cit. p. 41.
3. Ibid, p. 43 — 45.
4. Ibid., p. 42.
5. Ibid., p. 42.

Au Moyen-Age, dans la société féodale européenne,, c'est de la théologie qu'il faut démêler la pensée économique.[1]

Dans l'empire de l'Islam, dans une société fondée sur la petite production marchande, c'est-à-dire dans une société où la production et l'échange des machandises sont effectués par de petits producteurs indépendants possédant leurs moyens de production (à part la terre dans une grande mesure), à côté, bien entendu, d'une production de biens de subsistance; dans cette société, la pensée économique se trouve dans l'étude de l'histoire ou de la philosophie de l'histoire.

Traitant de cette pensée économique arabe, nous tâcherons de présenter la pensée économique de deux penseurs relative à deux phénomènes économiques :

— l'un appartient aux phénomènes monétaires, étudié par El Makrizi, et

— l'autre est le phénomène de la valeur, analysé — et nous disons bien analysé — par Ibn Khaldoun.

II

EL MAKRIZI, Taquéi-el-din Ahmed Ben Ali, est un historien égyptien qui a vécu de 1346 à 1245. Dans un de ses ouvrage, "Ighassat al-ouma bikachf al ghouma : Tarij al majahat fi misr", rédigé à la suite d'une longue période de famine qui couvrit les années 1376—1388, El Makrizi traite de l'histoire des famines en Egypte. Il s'agit là d'une étude de la crise économique dans l'économie pré-capitaliste. Au point de vue méthodologique, la structure de l'ouvrage est très logique : le livre est présenté sous la forme de quatre chapitres; dans le premier, l'auteur nous offre un panorama historique des famines que l'Egypte a subies au cours de l'époque islamique. Ce chapitre a une nature descriptive. Dans le deuxième, l'auteur traite des causes des famines, en général, et de celles de son époque en particulier. Une fois les causes exposées, l'auteur montre les effets de la situatin d'une crise sur le peuple en distinguant, dans la société égyptienne, sept catégories sociales : Les gens de l'Etat- c'est-à dire ceux qui occupent les postes-clés dans la hiérarchie administrative—, les commerçants riches et les gens aisés; les

1. C'est l'oeuvre des scolastques qui domine s'étendant sur plusieurs siècles. Cf. M.de Wulf, An Introduction to Scolastic Philosophy, Dover, Inc., New-York, 1956.

DE LA PENSEE ECONOMIQUE ARABE AU QUATORZIEME SIECLE

Dr. MOHAMED DOWIDAR*

I

Le lent processus, par lequel l'économie politique s'est assuré, en tant que science, une existence reconnue, a eu lieu au cours de la période s'étendant du dix-septième siècle jusqu'au milieu du dix-neuvième siècle. Bien avant le début de cette période, et avec l'essor du mode de production capitaliste, la pensée économique a été transformée pavant le chemin à la constitution de l'économie politique pendant la dite période. On peut donc associer la formation de notre science au mode de production capitaliste.

Mais à l'ère pré-capitaliste, une pensée économique ,et non pas une science économique, existait. Au cours de cette ère, qui couvre; pour l'Europe, l'Antiquité et le Moyen-Age, cette pensée économique ne se distingue guère des autres formes de la pensée.

Dans les livres sacrés de l'Antiquité, il s'agit plutôt d'impressions relatives aux faits économiques de l'époque en question, d'expressions idéologiques qui n'ont rien à voir avec l'analyse scientifique.

Chez les Crecs. (surtout Platon, 427—347 avant J. C., et Aristote, 384—322 avant J.C.,), la pensée économiqe se trouve au sein de la philosophie. Leur raisonnement économique est incorporé à leur philosophie générale de l'Etat et de la société qui est une société esclavagiste.[1]

---

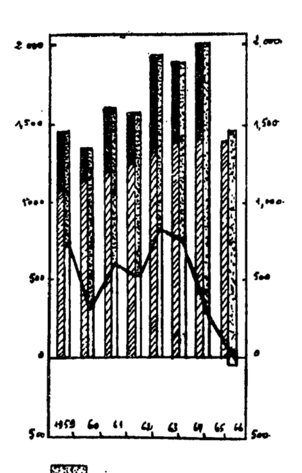
*Professeur adjoint d'économie politique à la Faculté de Droit d'Alexandrie.

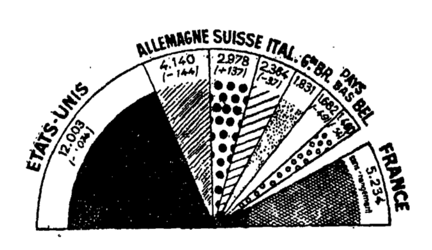
1. Cf. Platon, The République (H.DP.Lee) The Penguin Classics, London, 1954.

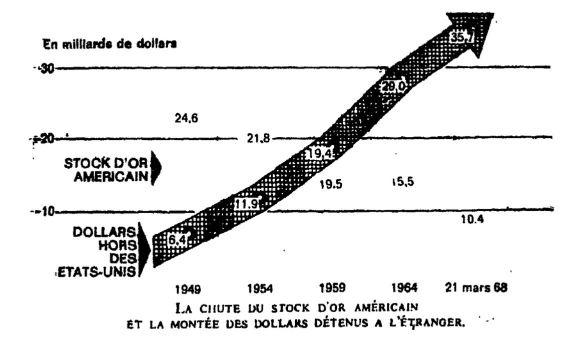
Aristote, La Politique — Traduit par J. Tricot, Lbrairie Philosophique, J, Vrin, Paris, 1962.

Les Economiques, Même traducteur et même maison d'édition, 1958.

Ethique de nicomque. Traduit par J. Voilquin, Flammarion, Paris, 1963.


1959
60
61
62
63
64
65
66





La chute du stock d'or américain
et la montée des dollars détenus à l'étranger.

à la sauvegarde du systéme capitaliste accentuant ainsi la crise de l'économie américaine; c'est à dire celle qui mène les autres économies, capitalistes.

Alger, 4 *avril* 1968,

REFERENCES

— **R. Triffin,** L'or et la crise du dollar. P.U.F. (Paris), 1962).
— The World Money Maze. Yale University Press, New Haven & London, 1966.

— Problèmes de l'organisation monétaire internationale Ouvrage collectif, Editions Cerzas (Paris), 1964.

— **E. Burns,** Money and Inflation Lawrence & Wishart, London, 1968,.

J. Lecerf, Le dossier de l'or et de la monnaie. Communauté Européenne, No 117, Avril 1968.

nomies sous-développées : les prix de leurs exportations baissent. Déjà l'an dernier le ralentissement du commerce mondial (dont l'expansion été limitée à 5% au lieu de 8% des années précédentes) a été le plus dramatique pour ces économies. Ce sont les économies sous-développées qui supportent, à la fin de compte, le gros lot des difficultés des économies capitalistes avancées. (Notons en passant que l'échec de la conférence de New-Delhi n'est pas étonnant, étant donné que l'attitude des dirigeants des pays sous-développés se base sur un désir de provoquer un dialogue avec les pays capitalistes avancés. Un dialogue? Bon, personne n'est contre le dialogue. Mais le dialogue est condamné d'avance pusiqu'une des deux parties, à savoir les dirigeants des pays sous-développés, ignorent la contradicion qui existe entre les deux catégories d'économies, et si elle ignore aussi que l'autre partie est assourdie par ses préoccupations concernant sa lutte dans deux fronts : contre le mouvement de la libération nationale, ainsi que contre ses propres propres problèmes économiques soit à l'intérieur de chaque économie capitaliste avancée, soit à l'échelle du marché capitaliste international).

Reste une dernière question qui est en quête d'une réponse dans quelle mesure, les décisions prises concernant la crise auront l'efficacité nécessaire à l'amélioration de la situation du dollar ? une réponse satisfaisante à cette question ne pourra être donnée qu'aprés un certain laps de temps. Mais, si l'on a recours à notre idée de base depuis laquelle nous sommes partis, à savoir que la situation de la monnaie reflète l'état de l'économie prise en considération, on peut dire que la valeur de ces décisions se réduit à donner aux responsables un peu de temps pour trouver la solution. Les Etats Unis veulent aprés tout regagner la confiance perdue dans le dollar. Pour y arrive, il faut qu'ils prennent des mesures radicales relatives à la situation interne de l'économie américaine, ainsi qu'à ses obligations vis-à-vis de l'étranger. Mais, les dirigeants américains se heurtent à l'ensemble des contradictions que dévoile la "crise du système monétaire international" en tant que reflet de la crise de l'économie capitaliste internationale : les contradictions entre les économies capitalistes avancées, les contradictions entre ces économies et les économies sous-développées, et surtout la contradiction dans laquelle se trouvent saisis les Etats-Unis à savoir : ou bien se replier pour remédier à leur situation économique, et lâcher ainsi du terrain aux mouvements de libération nationale et à la construction des nouvelles sociétés socialistes (ce qui amène, en fin de compte, à l'affaiblissement du système capitaliste international), ou bien poursuivre leur politique actuelle qui consiste à prendre des mesures qu'ils estiment nécessaires

Dans cette situation de crise, *l'économie française* n'est pas invulnérable malgré les réserves d'or ayant la valeur de 5234 millions de dollars que la France a accumulé.

(Depuis la dévaluation du franc en 1958, la France accumule des devises essentiellement en dollar. En Janvier 1965, elle demande à Washington de convertir en or 140 millions de dollars-papier. Depuis, elle a de bonnes réserves d'or). L'économie française témoigne cette année d'un mouvement vers un déficit dans la balance des paiements (causé principalement par le déficit de la balance du commerce et surtout le commerce des industries mécaniques, dont le déficit a dépassé un milliard de francs en 1966 et 1967, (Les Echos, Quotidien Economique, 25 Mars 1968), et le chômage a continué de croitre (Les Echos, 15 Mars 1968.

Sur le plan monétaire, les Etats-Unis peuvent juger que coupant secrètement (par leur accord avec les pays du pool de l'òr) les liens du dollar et de l'or, ils réussiront à déprécier l'or et, pour ce faire, à coincer le principal grand pays partisan de l'étalon-or, et surtout la France. Mettre la France en position difficile ? Certes car elle risque d'accumuler des dollars par suite des achats d'or qui auront lieu sur le marché libre de Paris et de se voir refuser l'échange de ces dollars par les Etats-Unis. Dans un tel cas, c'est la France qui devient le principal soutien d'un déficit américain éventuellement prolongé ou bien alors le gouvernement Francais est amené, pour ne pas avoir à acquérir des dollars, à ne plus soutenir son prix plancher, de telle sorte qu'il vaille mieux, pour les détenteurs, aller les vendre ailleurs. Mais c'est de fait une réévaluation déguisée du franc dont souffriraient l'économie et plus particulièrement, les exportations.

Quant aux *economies dites sous-developpees*, l'èffet défavorable de cette crise est multiple :

— pour celles qui avaient des réserves en livre sterling, elles voyaient diminuer le valeur de leurs réserves par rapport aux autres monnaies .....

— la sur-évaluation du dollar signifie qu'elles achètent plus cher qu'il ne le faut quand il s'agit de leurs importations des Etats-Unis.

— le ralentissement du commerce mondial dans une situation de crise, signifie une demande relativement limitée pour les produits des éco-

— d'autre part, ils ont décrété qu'ils ne donneraient pas de l'or contre des dollars aux pays suspects d'utliser le métal fin pour approvisionner les marchée libres.

Les significations de ces cécisions sont les suivantes :

1. Elles reviennent, d'abord, à une quasi supression de la libre convertibilité du dollar; autrement dit, elles reviennent à couper, secrètment, sinon officiellement, les liens du dollar et de l'or, puisque :

— les banques centrales des pays du pool de l'or se seraient engagées à ne plus convertir leurs dollars en or (notons ici que ces six pay reprennent en gros le groupe des pays créditeurs des Etats-Unis),

— les banques centrales qui ne font pas partie du pool de l'or devraient, si elles demandaient du métal précieux à la Trésorerie américaine, donner, d'une façon où d'une autre,l'assurance qu'elles ne l'utiliseront pas pour des buts monétaires. Autrement dit, elles pourraient être passibles d'un contrôle sur l'utilisation éventuelle de leur or, contrôle qui pourrait sembler contraire à l'indépendance nationale, même à un pays peu susceptible sur le plan de la souveraineté.

C'est un quasi embargo de l'or que les Etats-Unis imposent.

2. En introduisant les deux marchés de l'or, le problème alors ne sera plus celui du "prix de l'or" fixé arbitrairement, mais celui de l'étanchéité des deux circuits à prix différents. Ici la tentation sera grande, pour toutes les instances intéressées, d'acheter avec la discrétion qui s'impose à 35 et de vendre à 50 dollars ou plus. Comment endiguer ces fuites ?Le quasi embargo de l'or imposé par les Etats-Unis vise, en effet, à stopper, préalablement, cet effet de l'existance des deux marchés.

Ainsi, les Etats Unis réussissent à garantir que les pays du pool de l'or participent aux charges du déficit de la balance américaine des paiements. Ce qui signifie qu'ils supportent une partie des charges de la guerre du Victnam (reste à savoir aprés analyse des conditions internes de chacun de ces pays de montrer quelle classe sociale supporte, à la fin de compte, la part de ces charges).

En plus, les décisions prises ne passent pas sans influencer les autres pays en dehors des pays qui participaient au pool de l'or, à savoir, la France et les pays sous-développés.

Il s'agit là de la possiblité d'une sorte de monnaie fiduciaire mondiale émise par le F.M.I.

3. La France proposait, et propose toujours, un changement du système monétaire international : les échanges internationaux doivent s'établir sur une base monétaire qui ne porte pas la marque d'aucun pays en particulier : l'or doit remplacer le dollar. Mais aucune de ces possibilités n'était adoptée dans les décisions des gouverneurs des banques centrales des pays du pool de l'or convoqués à Washington. Parce que leur propos n'était pas de trouver une solution au problème du système monétaire international. Ils étaient là-bas pour prendre les mesures d'urgence qui peuvent sauver le dollar. Et les mesures idéales seront celles qui peuvent faire continuer les affaires comme si rien n'était arrivé.

Les gouverneurs convoqués ont décidé que les mesures soient les suivantes :

1. Le F.M.I. est l'organe chargé de toutes les questions monétaires en ce qui concerne le commerce extérieur du monde non-socialiste. Longtemps, il a contribué à financer les déficits des pays européens. Ayant versé les quotes-parts les plus importantes, Anglais et Américains y ont une influence décisive. Le Fonds offre des facilités automatiques pout les petites difficultés. En cas de graves difficultés, il examine les situations et exige des plans de redressement sérieux.

a) laisser le marché de l'or de Londres fermé jusqu'au premier Avril.

b) mettre fin au pool de l'or qu'on visait à maintenir le prix du marché à la partité du dollar, et

c) créer, en théorie au moins, deux marchés :

— l'un pour les seules banques centrales (dans lequel les Etats-Unis seront tenus à fournir l'or dollars l'once), c'est-à-dire au cours inchangé de 35 dollars. l'once),

— l'autre, ou le prix du métal variera en fonction des fluctuations de l'offre et de la demande, sera pour les spéculateurs et les utilisateurs industriels.

Le problème alors ne sera plus celui du "prix de l'or". On apprend ensuite (le 20 Mars) que les Etats-Unis ont :

— d'une part, obtenu des six pays représentés à Washington les 16 at 17 Mars qu'ils renoncent volontairement à échanger leurs dollars contre l'or,

individus, ce qui amène la diminution de la demande monétaire à l'intérieur des Etats Unis). En même temps, les gouverneurs des des banques centrales des pays du pool de l'or sont convoqués à Washington pour se réunir le 16 et le 17mars à la recherche d'une solution.

III

Convoqués le Samedi et la Dimanche 16 et 17 Mars à Washington les gouverneurs des banques centrales des pays du pool de l'or(La France qui s'était retirée du pool n'avait pas été invitée) ont pris des décisions. Avant de voir ces décisions et de les discuter, voyons quelles sont les propositions qui étaient suggérées comme possibilités, au moins théoriques, d'une issue de l'impasse monétaire :

1. il y avait d'abord la possibilité de dévaluer le dollar, une monnaie sur-évaluée depuis le début des années soixante, la possibilité de réévaluer le prix de l'or : si chaque once d'or représente non plus 35 dollars mais, disons, 70, il y a deux fois plus de valeur-or dans les caisses des banques centrales pour régler les soldes du commerce entre les pays. Il faut selon cette possibilité, au moins, porter le prix officiel de l'or au niveau du marché libre.

Mais, pour les Etats-Unis, doubler le prix de l'or, c'est avouer que leur monnaie (la monnaie de l'économie la plus puissante) est dépréciée par rapport à l'or. C'est faire un formidable cadeau à l'Afrique du Sud, à l'Union Soviétique, dont les réserves sont inconnues mais sans doute considérables; à la France, qui a accumulé le plus gros tas d'or du monde capitaliste aprés les Etats-unis (une France qui a accumulé l'or sans faire de sa monnaie, le franc une monnaie de réserve). En plus, une dévaluation du dollar entrainerait la dévaluation de la plupart des monnaies du monde non-socialiste, y compris le franc français. Elle provoquerait des vagues successives de mesures protectionnistes. Ce qui diminuerait le volume du commerce extérieur avec les effets de déflation et de chômage qu'une telle diminution cause dans les économies capitalistes.

2. Comme rallonge au dollar, maintenant insuffisant pour régler le commerce entre les pays, on a proposé les nouveaux "droits de tirage" sur le Fonds Monétaire International (F. M. I.), c'est-à-dire des crédits déjà approuvés en principe à Rio de Janiero, en Septembre 1976. (+).

— économies sur les dépenses administratives à l'étranger (une mesure qui a été exécutée dernièrement, fin mars, par la diminution de 12 % du nombre des fonctionnaires américains en poste à l'étranger.

Une telle diminution pourrait atteindre 24 % de l'effet à l'étranger. Le gouvernement américain se propose aussi la diminution du nombre de travailleurs étrangers qu'il emploie sous contrat en dehors des Etats Unis).

La plupart de ces projets demandaient, pour être appliqués, l'aboutissement positif de longues procédures parlementaires,

A part cela la politique des Etats Unis définie au début de l'année est que "le dollar restera convertible en or à 35 dollars l'once et que la totalité du stock d'or soutiendra cet engagement". Et la dévaluation du dollar ?

Les Américains n'en veulent pas. Ils ont affirmé de toutes leurs forces qu'ils ne le feraient jamais, la situation du dollar continue à se détériorer. Le "pool de l'or" perd toujours de l'or.

Cependant, la cause principale des difficultés de la balance américaine des paiements, continue : la guerre du Vietnam. Ensuite vient l'offensive générale du F.N.L au cours du mois de février, et les demandes de renfort qui provoquent une véritable fièvre : la panique commence à la fin de Février Une panique qui se manifeste dans l'achat de l'or, des actions des mines d'or, et aussi d'autres métaux précieux: argent (en l'espace de deux jours l'argent a augmenté de plus de 12,5 %) platine, palladium, ainsi que des matières premières. La spéculation a atteint sur le marché de l'or de Londres une intensité comparable à celle de Novembre 1967, le bruit courant à la City que l'Afrique du Sud pourrait suspendre ses ventes d'or.

Cette fièvre qui continuait au cours des deux premières semaines de Mars prouve que la confiance dans le dollar des Etats Unis est sérieusement ébranlée. (Les déclarations de la Maison Blanche sur le maintien du prix américain de l'or à 35 dollars l'once n'ont apporté aucun soulagement au dollar). Et la nuit du 14 au 15 Mars, Washington demande à Londres la prise des mesures d'urgence : le marché Londinien de l'or restera fermé; le taux d'escompte américain est porté de 4,5% à 5 % (une mesure qui vise à diminuer le pouvoir d'achat à le disposition des

dire, lorsque la demande des particuliers excède l'offre. Les banques centrales puisent l'or dans leurs coffres et le vendent pour empêcher l'emballement des prix au-delà de 35 dollars l'once. Dans les cas contraires, en période de calme, elles achètent de l'or et le répartissent entre elles.

Le système a bien fonctionné tant que la demande privée a été inférieure à la production mondiale. Puisqu'il fallait passer par le pool de l'or pour écouler une part de ce qui était offert, celui-ci continuait à imposer son prix. Mais depuis 1965, la demande non-monétaire d'or — émanant non des banques centrales, mais des particuliers — a dépassé l'offre. Depuis lors, les membres du pool de l'or ne cessent plus de vendre de l'or.

L'OR ACQUIS PAR LES BANQUES CENTRALES
L'OR ACQUIS PAR LES BANQUES CENTRALES DIMINUAIT DEPUIS QUATRE ANS

Aprés l'aggravation de la situation de la livre sterling, qui se trouvait aux premières lignes lors de l'attaque contre le dollar, et sa dévaluation (de 14, 3%) en 18 Novembre 1967 (une dévaluation qui a entraîné la dévaluation de quatorze autres monnaies) ont laissé le dollar bien exposé Du 22 au 24 Novembre on entregistre des achats croissants d'or sur les marchés européens : Londres, Zurich, Paris.

Le fait qu'une partie des sommes qui étaint placées en livres sterling et qui ont subi la dévaluation de la livre est venue se placer sur le marché de l'or a aggravé encore la situation. Le spéculation sur l'or reprend.

Le premier Janvier 1968, le Président des Etats Unis annonce une série de mesures visant à redresser la balance américaine des paiements :

— suppression de la couverture-or de la monnaie fiduciaire américaine, une couverture qui bloquait jusqu'au 19 Mars 1968 (la loi a été votée par le Sénat le 14/3/1968 et signée par le Président 4 jours plus tard) 10,400 milliards de dollars de métal fin sur les 11,600 milliards détenus dans les réserves U.S avant l'effectuation d'une telle mesure.

— relèvement de 10% des impôts.

— limitation des investissements à l'étranger.

— réduction des dépenses des touristes à l'étranger.

— restriction sur les prêts bancaires à l'étranger.

ments de capitaux des Etats Unis vers l'Europe où les taux sont plus rénumérateurs.

Avec le déficit de la balance des paiements et la permanance de celui-ci, les dollars s'accumulèrent dans les pays de l'Europe Occidentale (dans les banques centrales, comme monnaie de réserve, dans les entreprises, chez les individus). Et l'ensemble des dollars en circulation et en réserve s'accroit et dépasse le stock de l'or détenu par les Etats Unis autrement dit, les dollars en circulation ou en réserve, donc les dettes à court terme des Etats Unis, ne sont plus couverts par les réserves de ce pays représentés presque uniquement par son stock d'or ... D'où la méfiance envers le dollar. (I).

La méfiance envers une monnaie se manifeste de façon précise : les détenteurs de cette monnaie jugée mauvaise s'en débarassent contre d'autres jugées plus saines. Si l'on doute de toutes les monnaies, ce procédé n'est plus possible, et c'est alors que les détenteurs de devises s'orientent vers la seule monnaie acceptable à leurs yeux, celle qui possède de la valeur l'or et, accessoirement, les autres métaux précieux et les matières premières.

Avec l'augmentation des réserves en dollars en dehors des Etats Unis l'or a commencé à quitter les Etats Unis. (une grande partie des réserves en dollars est convertie en or sur le marché de Londres). C'est à partir de 1960 que l'ensemble des dollars en dehors des Etats Unis dépasse le stock d'or de ce pays. D'où le "rush for the gold" la ruée sur l'or. Le prix de l'or a monté à 40 dollars l'once. *Dès* 1960, *le dollar est sur-value.* de dollars en 1949 (les 2/3 de l'or dans le monde non-socialiste(à 18,7 milliards de dollars en 1960, et afin de régulariser le marché de Londres, les Etats Unis ont proposé la création du "*pool de l'or*", qui a été constitué en été 1961. Il comprend l'Allemagne fédérale, la France (qui se retire plus tard), la Suisse, la Belgique, les Etats Unis, l'Italie, les Pays Bas, le Royaume Uni, La banque de Réserve fédérale de New York se réserve la montre du pool ainsi formé, les autres banques centrales se partageant l'autre moitié des responsablilités.

Depuis lors et jusqu'àu 17 Mars 1968 le pool est tantôt vendeur, tantôt acheteur d'or : au prix de 35 dollars l'once. Lorsque sur les marchés de Paris, de Zurich ou de Francfort, les acheteurs d'or (industriels, joalliers, dentistes ou spéculateurs) sont plus nombreux que les vendeurs (producteurs : Afrique du Sud, URSS, etc ... c'est-à-

A côté de l'or, maintenu artificiellement à un cours très bas, puisqu'il est la seule marchandise dont le prix n'ait pas bougé depuis 1934, alors que tout le reste a en moyenne doublé on se sert de plus en plus comme monnaie internationale de livres et de dollars fournis par les déficits constant de la Grande-Bretagne et des Etats Unis. On appelle cela l'étalon or de changes, Ces deux grandes monnaies à l'origine tenues pour équivalents de l'or puisqu'il était possible de les convertir en or sur demande.

Sorties affaiblies de la deuxième guerre mondiale les anciennes sociétés capitalistes d'Europe, face à un considérable besoin de reconstruction de leur économie, se trouvaient placées dans une situation particulièrement difficile.

— il fallait importer pour procéder à la remise en route de leur économie et c'est l'économie américaine qui était capable de leur vendre.

— les moyens monétaires, sous forme d'or, étaient totalement insuffisants. Les banques centrales pensent, selon les règles du système monétaire international fixées à Bretton Woods (en 1944), garder dans leurs réserves des devises étrangères à côté de l'or

Avec la possiblité de détenir dans les réserves des banques centrales des devises étrangères à côté de l'or, c'est le dollar qui, bien entendu, a tenu ce rôle de première monnaie de réserve (les Etats Unis sont capables de fournir et le marché capitaliste leur est, à ce moment là, entièrement ouvert) le doller devient trés vite la monnaie la plus recherchée.

Dans un premier temps l'or, lui-même, n'a plus de rôle prédominant. Son prix est garanti par les Etats Unis qui se sont engagés à l'acheter et à le vendre sur la base de 35 dollars l'once. Dans les économies capitalistes d'Europe, le dollar est la référence aux partités monétaires. Pour les banques centrales posséder le dollar signifie possiblité de commerce avec l'extérieur, sans restriction. Il est donc normal que, possédant un tel pouvoir, le dollar ait été la première devise à s'accumuler dans les comptes des banques centrales à titre de réserve.

Lorsque sa propre devise est acceptée sans réserve, le tentation de se servir de cet instrument facile est très forte. Le dollar, devise à très fort pouvoir d'achat lorsqu'il est converti en devises étrangères, a entrainé des dépenses de la part des entreprises et des individus américains (investissement plus tourisme). Il a entrainé également des prêts,des mouve-

— il existe en plus la contradiction interne de l'économie américaine et qui rend la demande relativement insuffisante surtout en ce qui concerne une grande proportion des couches sociales modestes qui englobe la majorité des noirs.

— il existe, enfin, la contradiction au sein même du capital américain, étant donné qu'un nombre d'entreprises bénéficient de la guerre, alors qu'un autre nombre souffre du déficit de la balance des paiements, qui provoque davantage d'intervention de la part de l'Etat dans l'intérêt du premier groupe.

Ces deux derniers facteurs n'ont pas un effet direct sur la balance des paiments. Ils contribuent à rendre l'appareil productif incapable de faire face aux obligations du pays vis-à-vis de l'étranger, c'est-à-dire, aux obligations résultant de la politique internationale de la partie dominante du capital.

Résultat : un déficit de la balance des paiements qui s'aggrave de plus en plus; l'accumulation des dollars provenant de ce déficit; une offre plus grande. Pour empêcher la détérioration de le situation du dollar le gouvernement des Etats Unis vend l'or pour le dollar au prix qu'il a toujours maintenu depuis 1934 : 35 dollars l'once. Son stock d'or s'en va. Mais le gouvernement insiste à ne pas reconsidérer la valeur de sa monnaie par rapport à l'or, puisqu'une telle reconsidération signifie l'incapacité de l'économie de faire face aux obligations vis-à-vis de l'étranger, surtout qu'il s'agit de la monnaie de réserve, la monnaie qui occupait, dans le système monétaire international, la place toute priviligiée. Cela nous nous amène aux aspects monétaires du problème.

Les échanges internationaux ne cessent pas de croitre en volume. Chaque pays a besoin de conserver en réserve, pour parer aux fluctuations possibles de ses rentrées, la valeur de quelques mois d'importations, disons de quatre à six. Donc, le besoin de monnaie en réserve internationale augmente avec le volume de commerce international.

La base du système monétaire international, la production d'or, ne se développe pas du tout au même rythme. (Quand il n'y a pas assez de monnaie pour régler le solde du commerce extérieur, les taux d'intérêt augmentent. Les pays en état de difficulté de balance de paiements prennent des mesures restrictives. C'est ainsi que petit à petit peut se déclencher une crise internationale. D'où la nécessité d'une monnaie qui peut servir, avec l'or, d'une monnaie internationale.

— l'investissement des capitaux à l'étranger, et surtout, en Europe occidentale.

— l'émission des obligations sur la place de New-York qui devenait le centre des banquiers du monde, où les emprunteurs trouvent les fonds à long terme (de 5 à 20 ans).

— les prêts de dollars en dépôt (court terme) sur les places étrangères, surtout en Europe, où les taux élevés d'intérêt sont d'un attrait évident pour les possesseurs de capitaux américains.

A partir de 1961, les Américains se lancèrent dans une politique expansionniste par réduction d'impôts qui faisaient merveille mais qui déséquilibrent profondément leur balance des paiements. C'est à partir de 1965, avec l'engagement direct des Etats Unis dans la guerre du Vietnam, que la situaton s'aggrave, La guerre est financée par la méthode du "déficit — financing", déficit budgétaire. Les prix augmentent à un taux élevé (3,5% par an). Le déficit de la balance des paiements devient de plus en plus alarmant, S'il diminua en 1966, il augmenta de nouveau en 1967 : prés de de 4 milliards de dollars.

L'accroissement des obligations des Etats Unis vis-à-vis de l'étranger se base sur une foi, de la part des dirigeants américains, dans la capacité illimitée de l'économie américaine; une capacité qui leur permet de faire tout ce qu'ils veulent. Combien de fois Mr. Johnson s'est juré de mener la guerre du Vietnam en même temps qu'il poursuivait son programme de "grande société", c'est-à-dire, de lutte contre la pauvreté aux Etats Unis (où 25,5% des familles reçoivent un revenu annuel moins que le revenu considéré comme le minimum vital dans les conditions de la société américaine). Une telle foi ignore les contradictions du système capitaliste international aussi bien que les contradictions de l'économie américaine elle-même :

— il y a d'abord la concurrence entre les économies capitalistes. Le marché capitaliste n'est plus entièrement ouvert aux exportations américaines.

— il y a aussi le fait que la diminution de l'aide américaine fait diminuer la demande sur les produits américains(d'abord par le montant de l'aide elle-même, et en plus, par le montant de la demande qui accompagne la demande résultant de l'aide).

— d'autre part, à la répugnance, produite sous l'effet de l'analyse keynésienne, des autorités monétaires à reconsidérer la valeur de leur monnaie,

Quant à *l'economie des Etats Unis*, il s'agit d'une économie puissante si on la considère d'une manière absolue et en faisant abstraction de ses contradictions. En effet, cette économie ne se développe pas à *un taux qui tient tête à l'accroissement des obligations des Etats Unis vis-à-vis de l'etranger*. (Le taux moyen annuel du développement industriel est de l'ordre de 3,3 % pour la période de 1913 — 1958. Et le taux moyen annuel du développement du produit social brut ne dépasse pas, depuis 1945, 2 %).

Durant les premières années qui ont suivi la fin de la deuxième guerre mondiale le solde net de la balance des paiements est excédentaire, grâce à la nécessité d'importer des nations européennes qui se reconstruisent aprés la guerre. Les réserves des Etats Unis atteignent leur plus haut niveau en 1949. Puis la balance nette devient légèrement déficitaire. A partir de 1955, le déficit s'inscrit par milliards de dollars et la sitation se reproduit chaque année avec un déficit moyen de l'ordre de 2 à 3 milliards de dollars.

La balance de commerce (la différence entre la valeur des exportation et des importations) montre, en moyenne, un excédent important, elle a tendance à être de moins en moins excédentaire (au cours de la période allant du 1er Octobre 1967 au 31 Janvier 1968, les exportations n'ont augmenté que de 1 % par rapport aux quatre mois précédents, alors que les importations ont progressé de 11 %). Les exportations américaines deviennent plus chères (les prix augmentant au cours de ces dernières années à un taux moyen de 3,5 % par an). Mais la solde des autres postes de la balance des paiements (à savoir, la balance des capitaux et le reste de postes) montre un déficit de plus en plus important. Le balance nette est déficitaire. Ce qui signifie que les pays capitalistes d'Europe (où les entreprises sont achetées par le capital américain), accumulent les dollars provenant de ces déficits. (et quand la méfiance règne, on se débarasse du dollar en achetant de l'or, d'autres métaux précieux et des matières premières).

Les causes du déficit sont :

— les dépenses militaires à l'étranger : bases militaires, aides militaires, guerre (la guerre de Corée et du Vietnam).

Que les obligations du pays vis-à-vis de l'étranger dépassent ses revenus de l'étranger signifie l'incapacité de l'appareil productif de faire face à ces obligations. Ce qui reflète dans un déficit de la balance des paiements (qui montre les relations de l'économie nationale avec le reste de l'économie mondiale). L'offre de la monnaie du pays (qui cherche à acheter d'autres monnaies pour payer ses créanciers), excède la demande; sa valeur baisse. Si malgré celà elle continue à avoir la même parité, la monnaie est sur-évaluée.

Quand le déficit de la balance des paiements devient chronique comme c'est le cas de l'économie britannique — il sera difficile de la combler qu'à partir des mesures radicales qui amènent ou bien une diminution des obligations vis-à-vis de l'étranger, ou bien une augmentation des revenus venant de l'étranger (principalement par l'expansion d'exportations), ou bien les deux ensemble. Si pour l'économie britannique il est relativement difficile de limiter les importations, le chemin principal vers un redressement de la balance des paiements sera l'expansion des exportations. Pour exporter davantage il faut vendre moins cher. Dans une économie où le coût de production est relativement élevé et dont la monnaie est sur-évaluée, il faut le recours à la dévaluation de la monnaie, ainsi qu'à d'autres mesures pour combattre les tendances inflationnistes. Dévaluer la monnaie, en l'occurence la livre sterling, c'est augmenter le nombre d'unités de sterling achetées par une seule unité de la monnaie du pays qui achète les exportations britanniques. Ce qui signifie que ces exportations deviennent, dans l'absence d'une montée des prix à l'intérieur de l'économie britannique, moins chers et plus demandés.

(Le résultat final dépend des réactions des autres pays en ce qui concerne la parité de leurs monnaies et les mesures relatives à leur commerce extérieur).

Malgré l'incapacité relative de l'appareil productif et par conséquent la détérioration de la situation du sterling, le gouvernement repousse la dévaluation, et quand il sera obligé de la faire, il la fait timidement. Cela est à attribuer :

— d'abord à la situation particulière de la livre sterling en tant que monnaie de réserve et le rôle qu'elle jouait, et joue encore, en tant que telle, dans le système monétaire international (nous reviendrons d'ailleurs sur ce point), et

concurrence de la part des industries locales, ou bien ils en sont plus ou moins éloignés, comme c'est le cas des pays du Marché Commun.

— le marché dans les pays du Tiers-Monde. Ce marché devient limité (pour les biens de consommation durables) des que les gouvernements qui s'engagent à suivre une politique de développement économique, mettent des restrictions sur l'importation de ces biens. Ce qui est normal dans une situation de manque des devises étrangères, la priorité devant être donnée aux biens de production et aux biens de la consommation nécessaire.

D'autre part, il existe des facteurs qui limitent les droits de l'économie britannique vis-à-vis de l'étranger. Londres ne représente plus le centre de l'économie capitaliste comme elle l'était à l'ère ou l'économie capitaliste faisait le système mondial. Les flux de capitaux ne s'orientent plus vers Londres dans leur course normale. Londres ne rend plus aux transactions internationales la quantité des services (trasport, aussurance, ect...) qu'elle leur rendait jadis. D'où des revenus plus limités. En plus, la diminution des capitaux britanniques à l'étranger a limité le flux des profits et des bénéfices que Londres reçoit de l'étranger.

Résultat : limitation des avoirs, des droits vis-à-vis de l'étranger.

En même temps les obligations vers l'étranger sont difficilement compressibles :

Il y a d'abord les importations qui sont difficiles à limiter. L'économie britannique dépend, dans une grande mesure, de l'étranger en ce qui concerne les produits alimentaires et les matières premières. Limiter l'importation de ces produits signifierait la hausse de leurs prix avec les effets néfastes qu'elles produisent sur le niveau général des prix et les revendications ouvrières. L'augmentation des salaires ainsi que celle des prix des matières premières se traduit, sauf dans le cas d'un développement rapide de la productivité, dans une augmentation des prix des exportations,.

De plus, le gouvernement britannique a ses obligations militaires à l'étranger (surtout à l'est de Suez et en Europe Occidentale), des obligations qui n'ont pas cessé de s'accroitre depuis la deuxième guerre mondiale. Ces obligations se traduisent en dépenses à l'étranger. Ajoutons que la Bretagne fournit à certains pays du Commenwealth quelques aides économiques.

peu près le taux annuel. Au cours de ces trois dernières années, et surtout en 1966 at 1967, l'économie a témoigné d'une chute d'investissement à peu près régulière. Il s'agit d'une économie dont l'appareil productif souffre d'une rigidité relative, d'un faible changement technologique d'où un taux bas de l'accroissement de la productivité.

Il en résulte une structure économique qui s'adapte difficilement aux changements des conditions du marché international. Ce qui représente une difficulté principale pour une économie "foreign trade oriented"(1).

Cela signifie un coût de production plus élevé que celui des autres économies capitalistes avancées, Il existe d'autres facteurs qui contribuent à l'augmentation du coût de production. Parmi lesquels figure l'organisation syndicale des ouvriers britanniques leur garantissant un certain niveau de salaires. (Notons que le gouvernement Labour a instauré un blocage général des salaires pendant le second semestre de 1966. Le gouvernement s'efforce ces jours-ci d'institutionnaliser la présence de l'Etat dans les négociations salariales entre travailleurs et employeurs). Le résultat : les prix des produits à exporter deviennent plus élevés par rapport aux prix des exportations d'autres économies comme l'économie de l'Allemagne Fédérale, par exemple; une capacité de concurrence relativement limitée; ou une expansion trés limitée des exportations britanniques.

Il existe un autre facteur qui limite les exportations : une grande partie d'exportations prend la forme des biens de consommation durables :

automobiles, réfrigérateurs, marchines à laver, appareils télévisionniques, etc ... Ces marchandises peuvent êttre écoulées sur trois marchés :

— le marché intérieur, dont les conditions ne nous retiondrons pas dans ce contexte.

— le marché des autres pays occidentaux ou le niveau de vie permet la consommation considérable de ces marchandises, Sur ce marché, les produits britanniques se trouvant ou bien en face d'une forte

---

(1) une économie orientée vers le marché international, où la secteur de commerce extérieur acquiert un poids relatif, par rapport aux branches produisant pour le marché intérieur.

autorités monétaires dans les économies capitalistes avancées une répugnance vis-à-vis de la reconsidération de la valeur de leurs monnaies chaque fois que l'exige la situation de leurs économies nationales.

3. Nous avons enfin la troisième idée selon laquelle aucune économie nationale n'est assez puissante pour permettre à ses dirigeants de faire ce qu'ils veulent faire d'une manière volontariste, dans la société internationale. Cela s'applique aussi bien à l'économie des Etats Unis idolâtrée par certains, mais bien vulnérable en raison de la force de ses contradictions internes et de ses contradictions avec les autres économies capitalistes avancées, aussi bien qu'aux écononomies sous-développées.

En nous servant de ces idées de base nous tâcherons :

— d'abord, de mettre en relief le problème des économies britanniques et américaines en mettant l'accent sur les aspects réels de ce problème.

— ensuite, de traiter les aspects monétaires du problème (et nous avions à faire ici avec le côté international de ces aspects),pour parvenir à la situation trés critique qui s'est manifestée au cours de mars dernier, et

—de montrer enfin, les décisions et les mesures prises en discutant leur efficacité et leurs effets.

I

Sous l'angle de ses aspects réels le problème peut être présenté de la maniére suivante : malgré l'incapacité des économies britannique et américaine par rapport aux obligations de ces deux pays vis-à-vis de l'étranger, les autorités monétaires insistent à maintenir pour leurs monnaies une valeur officielle plus élevée que la valeur que leur permet l'appareil productif et ses capacités dans chacun de ces deux pays.

Prenons d'abord *l'économie britannique.* Il s'agit là d'une économie trés souvent qualifiée "d'économie vieille" Certains parlent même d'une "crise de décroissance" que subit l'économie britannique. Le taux moyen annuel de développement industriel est de l'ordre de 2,2% pour la période 1913 — 1958. Au cours des trois dernières années la production nationale brute avait augmenté dans les proportions de 3,1% en 1965, 1,7% en 1966 et 1,6% en 1967. Ce dernier taux représente à

CRISE DU DOLLAR OU CRISE DE L'ECONOMIE CAPITALISTE INTERNATIONALE**

Reflections Sur Une Crise

Dr. MOHAMED DOWIDAR*

Trois idées de base nous aiderons à comprendre la nature de la crise dite du dollar, à savoir :

1. nous avons d'abord le principe selon lequel la situation de la monnaie reflète l'état de l'économie nationale, soit en ce qui concerne ses conditions internes, soit par rapport à ses relations avec les autres économies nationales. Ce principe repose sur une vérité bien claire : que l'homme produit afin de satisfaire ses besoins. Ce sont les biens et les services qui les satisfont. Quant à la monnaie, elle ne satisfait, en elle même, aucun besoin. Elle joue en principe le rôle du moyen d'échange. Il est vrai qu'elle présente au capital une des formes qu'il revêt dans le processus de sa circulation : le capital-argent. Mais cela n'affecte nullement cette vérité : que le but final est les biens et les services, et que plus élevée est la productivité de travail, plus grande sera la capacité de l'économie nationale à concourir sur le marché international, et par conséquent plus sera demandée sa monnaie pour le paiement des valeurs de ses exportations. L'or même n'est utilisé comme monnaie que pour les règlements et les financements du solde du commerce extérieur.

2. nous avons ensuite l'idée que les attitudes des autorités monétaires envers les problèmes du système monétaire international n'ont pas échappé à l'influence de l'analyse keynésienne (rappelons que J.M.Leynes était le principal architecte du système de Bretton Woods en 1944) qui met trop d'accent sur les aspects monétaires de l'activité économique au prix d'une négligence relative de ses aspects réels. Cette sorte de sur-estimation de l'importance des aspects monétaires a crée chez les

---

* Professeur Adjoint à la Faculté de Droit d'Alexandrie.

** Ce manuscrit a été remis à l'éditeur en avril 1968.

CONCLUSION

41. Le droit administratif et la science administrative, disciplines indépendantes dans leurs recherches, coopèrent pour étudier l'administration publique et rationaliser juridiquement et scientifiquement sa mission.

Dans sa conduite, l'administration essaie de concilier la légalité et l'efficacité de ses actes. Or, la légalité et l'efficacité ne sont pas toujours en harmonie. Le procédé le plus efficace ne s'accorde pas nécessairement au droit, de même que le juridique peut être peu efficace. C'est pourquoi le droit administratif, sans rejeter ses valeurs et ses conceptions propres devrait s'adapter autant que possible aux principes de la science administrative, afin d'unifier la légalité et l'efficacité et ainsi aider l'administration à remplir parfaitement sa fonction.

42. Le système administratif devrait être périodiquement réexaminé pour vérifier sa conformité avec les principes de la bonne administration et profiter du progrès acquis aussi bien dans le domaine juridique que dans le domaine de la science administrative. La réforme sera sûre et claire si le régime repose sur de fausses conceptions. Mais la révision des systèmes modernes, déjà assis sur des principes valides et reconnus est aussi conseillée, sans pour autant compromettre ceux-ci, ou diminuer leur valeur. Même en sciences physiques les systèmes et appareils créés à partir d'un principe scientifiques sont tout d'abord imparfaits pour se perfectionner par la suite au fur et à mesure que l'on améliore leur construction par une meilleure compréhension des principes qui leur servent de base.

mum de connaissances juridiques pusique d'une part l'application du droit administratif suscite quelques problè mes, telles que la validité et l'interprétation, et d'autre part l'administration participe à la confection du droit, non seulement par l'émission des règlements mais aussi par le rôle considérable qu'elle joue dans la préparation des projets de lois.

40. Le progrés de l'administration publique est en effet fonction de la corrélation fructueuse entre le droit administratif, discipline de caractère nor matif posant des règles à respecter, et la science administrative, discipline expérimentale révélant des principes aptes à réévaluer le rendement et la capcité de l'administration.

Le droit positif en général ne fait que tranduire sous une forme juridique certaines conceptions déjà adoptées. Ainsi, la règle de droit administratif présuppose une option qu'elle formule et sanctionne (38). Cette option, concernant soit les rapportes de l'administraton avec les particuliers, soit les méthodes d'aménagement administratif, tient compte en fait aussi bien des principes politiques que de quelques indicatifs de la technique administrative. Mais ces derniers sont malheurousement dans la plupart des cas insuffisants, altérés par de fausses conceptions ou déformés par les idées politiques.

Il est vrai que le progrès de l'administration réclame que l'organisation administrative soit établie sur des principes objectifs efficaces, mais on ne saurait séparer compètement le droit positif de tout jugement de valeur, d'autant plus que cette séparation n'est pas toujours à souhaiter. L'adoption de certaines idées morales peut contrebalancer ce qu'il y a de mécanique dans la science (39). On peut simple ment espérer que les véritables principes administratifs remplacent les fausses conceptions d'organisation technique adoptées, par erreur, par le droit administratif.

Le droit administratif devrait, en effet, réconcilier ses valeurs propres notamment en ce qui concerne les droits individuels, avec les principes exacts de la science administrative, de sorte qu'on puisse atteindre — le plus parfaitement possible — les objectifs visés, sans sacrifier les valeurs consacrées.

---

(38) La science administrative étidie par exemple la question de savoir s'il vaut mieux concentrer tout le puviour de décision dans les mains du chef supérieur de service, ou bien en confier une part à ses subordonnés. Le droit administratif vient pour consacrer la slution adoptée et la revêtir de la force juridique. Voir J. RIVERO, op. cit. p. 19.

(39) Voir R. Catherine et Q. THUILLIER. op. cit. p. 341.

Le droit administratif étudie les constructions juridiques des systèmes : l'interprétation des textes, les conditions d'application des institutions, leurs sanctions et les droits et obligations qui en résultent la validité des contrats et des décisions exécutiores de l'administration, la théorie générale des personnes publiques ... etc. Il traite aussi et surtout les atteintes que l'administraton peut porter aux libertés publiques des citoyens et la responsabilité sanctionnée par le recours contentieux devant la juridiction administrative. La protection de ces libertés est un objectif essentiel en droit administratif.

La science administrative cherche les meilleures méthodes d'organisation pour mettre à exécution les tâhces d'intérêt général. Ainsi, la centralisation et la décentralisation ne sont pas initialement des concepts juridiques, mais des méthodes de la science administrative qui empruntent au droit les formes par lesquelles elle se concrétisent (37). La même chose est exacte en ce qui concerne la concentration et la déconcentration, les systèmes des fonctionnaires publics et des biens de l'administration. En d'autres termes, la sience administrative étudie l'administration telle qu'elle existe pour rationaliser sa construction et son fonctionnement. Elle ne se désintéresse pas complètement du droit administratif, elle recherche comment celui-ci est pratiquement appliqué et l'apprécie du point de vue de ses effets sur l'efficacité de l'administration.

39. Ainsi, l'étude juridqiue et l'étude technique sont, toutes deux très nécessaires au développement sain et parfait de l'administration publique de toute société moderne. Etudier les phénomènes administratifs du point de vue exclusivement juridique aboutit dangereusement à restreindre le terrain de la recherche administrative et à entraver finalement le développement de l'administration. L'aspect juridique de l'administration publique ne recouvre pas l'ensemble des questions administratives. En outre, le droit administratif ne peut être sérieusement étudié tout en négligeant la situation réelle des faits administratifs, ou en ignorant les généralités de la science administrative qui peuvent techniquement expliquer une grande partie des règles qui composent ce droit. De même,on ne peut pas faire de la science administrative tout en laissant de côté le système juridique appliqué, car l'administration est sans aucun doute influencée par le droit qui limite son action et organise sa conduite. D'ailleurs, le personnel de l'administraton publique doir avoir un mini-

---

(37) Cf J. RIVERO, Droit administatf, Précis Dalloz, 3e éd. 1965 avec mise à jour au ler seprembere 1968, p. 277 et 278.

bien dans les livres juridiques que dans les ouvrages de la science administrative.

37. Plusieurs idées se concurrencent pour distinguer et préciser le domaine de recherche de chaque étude. Dans une première conception le droit administratif traite le côté contentieux de l'administration, tandis que la science administrative s'intéresse à sa partie non contentieuse. Mais cette conception ne s'accorde pas avec la réalité effective puisque d'une part le droit administratif contient aussi des études non contentieuses de caractère institutionnel (34), et d'autre part le contentieux administratif peut être étudié en science administrative, sous un angle non juridique, concernant par exemple l'efficacité des systèmes, les administrations mises en cause, les types de recours et les matières sur lesquelles ils portent (35). Selon une autre opinion, le droit administratif étudie l'administration dans ses rapports avec les particuliers, alors que la science administrative est l'étude de l'administration dans ses rapports avec l'Etat (36). Mais en pratique cette opinion est aussi contrariée : d'une part, le droit administratif aborde non seulement des matières hors des rapports de l'administration avec les particuliers, tel que le sytème des fonctionnaires publics, mais même des questions concernant le rapport administration-Etat lorsqu'il étudie par exemple les sources de ses règles et d'autre part la science administrative ne se désintéresse pas du rapport administration-particuliers, c'est ainsi qu'elle étudie l'opinion publique envers l'administration.

38. Pour nous, le droit administratif a pour objet l'aspect juridique de l'administration, et la science administrative embrasse son aspect techniqe. Autrement dit, dans la première étude on recherche comment l'adminstration doit être juridiquement disposée, alors que dans la deuxième on se demande comment elle doit être techniquement organisée pour réaliser la meilleure prodctivité.

---

(34) LAFERRIERE enseigne que le droit administratif répond à deux idées : l'idée d'adimistration à laquelle se rattache l'étude l'organisation administrative, et l'udée de droit à laquelle se rattache l'étude du contentieux administratif. V. traité de la juridiction administrative, lère éd. Introduction

(25) V. DRAGO, Cours de science administrative, 1968 — 69 p. 11.

(36) Cf VIVIEN, Etudes administratives, 1845, cité par J.C. GROSHENS, Droit administratif et science administratives en France, La Revue administrative 1967, p. 658.

Il est absurde, à notre sens, d'appeler science exacte n'importe quelle étude juridique même si les règles qui font son objet sont injustes ou manifestement inapplicables. Attacher le caractère scientifique à une étude donnée dépend aussi bien de sa méthode de recherche que del'objectivité réelle du sujet étudié. Si le droit positif est une science au sens large du mot, il ne l'est au sens étroit que dans la mesure où il recherche des principes objectifs universels à partir d'une méthode scientifique. Ce droit devrait en tous cas tirer les conséquence des expériences de son application pour se rapprocher autant que possible des sciences exactes.

Pour nous, et sans pénétrer dans les détails de la question délicate du droit naturel, il est des principes essentiels de droit objectif qui inspirent le droit positif de tous les pays. Ces principes — appelés aussi droit rationnel ou naturel — qui devraient régir la conduite de l'homme représenteraient la substance de la véritable science juridique et peuvent être déduits de l'expérience. Les expériences pratiques dans l'histoire des institutions montrent qu'in ne saurait contrarier ces principes de conduite, faute de connaissance ou pour faire prévaloir des intérêtes personnels, sans aboutir à des effets nocifs. Cette constatation est très nette en ce qui concerne le résultat de l'application des règles injustes telles que celles consarant la ségrégation raciale dans certains Etats.

Si les règles juridiques varient, dans une certaine mesure, d'une société à l'autre, il est vrai aussi qu'elles se ressemblent dans leurs grandes lignes, la plupart des actes interdits ou autorisés étant sensiblement les mêmes dans presque toute société humaine. La différence entre le droit d'une société et celui d'une autre procède, à notre avis, soit de l'ignorance du meilleur principe à appliquer, soit de la philosophie adoptée dans la société, soit enfin du moyen utilisé pour atteindre les objectifs en tenant compte des circonstances de chaque société.

III — LA CORRELATION DES ETUDES ADMINISTRATIVES

35. La science administrative et le droit administratif ne sauraient, en effet, se désintéresser l'un de l'autre, l'administration publique étant leur sujet de recherche et son progrés leur but commun.

36. Mais quelles ont tout d'abord les frontières qui séparent ces deux branches de connaissance ? Il est des sujets, tels que la centralisation et la décentralisation, la concentration et la déconcentration, les fonctionnaires publics et les bien de l'administation qui sont traités aussi

ne sont pas entièrement réunies. L'absence de l'une de ces conditions peut ou bien aboutir à l'échec ou bien diminuer le degré de succès de l'expérience selon l'importance de cette conditon.

§ 3. *La qualification de l'étude juridique de l'administration*

32. L'étude juridique de l'administration n'est que l'étude du droit administratif. Le droit positif en général pose des règles de conduite selon lesquelles l'existence de certains faits doit produire des effets prévus. Il cherche à réaliser les effets nécessaires ou utiles à la société et éviter les effers nuisibles en sélectionnant les actes de conduite en obligatoire, défendu et permis.

33. Certains auters estiment que la connaissance du droit positif d'une société donnée a réellement le caractère scientifique, aussi bien du point de vue de son objet que de ses méthodes de recharches ou de son but (33). En ce qui concerne son objet, il consiste dans la connaissance positive de faits juridiques,objet valable pour une science. Quant à ses méthodes,l'étude juridique, essentiellement descripive et analytique, fait une place importante aussi bien à la méthode déductive par l'utilisation de différents raisonnements,qu'à la méthode inductive par l'observation des faits juridiques particuliers, jurisprudentiels ou législatifs, pour aboutir à l'énoncé d'une règle générale. Enfin, le but de l'étude du droit positif est d'arriver, à travers ces procédés généraux de la pensée, à une connaissance exacte du système juridique étudié.

34. Il va sans dire que cette étude n'aboutit pas à une connaissance objective proprement dite des principes de droit qui devraient dominer universellement la conduite humaine. Elle débouche simplement sur la connaissance du droit positif d'une sciété donnée, droit adoptant normalement un certain nombre de jugements de valeur dont le respect est nécessaire aux yeux de ses fondateurs. Ces jugements sont parfois faux, stériles ou même nocifs, et dans d'autres cas ils sont effectivement bon et utiles malgré la difficulté de les pouver scientifiquement. Or, une étude scientifique véritable est dénuée de tels jugements.

---

(33) Voir R. PINTO et M. GRAWITZ, méthodes des sciences sociales, précis Dalloz, 2e éd. 1967, p. 124 et suiv.

d'autant qu'une telle préparation, qui peut convenir sur le terrain des sciences physiques, est rarement possible dans le cadre des sciences humaines. Des expériences fortuites, on peut tirer des principes généraux qui régissent les phénomènes administratifs et les utiliser ensuite pour contrôler les faits et atteindre les résultats recherchés.

La portée générale de ces principes est parfois contestée sous prétexte que la réussite d'un principe dans un pays n'implique pas nécessairement son adaptation dans les autres. Un principe qui donne les meilleurs résultate dans un Etat développé peut échouer dans un pays du tiers monde, et inversement. Pour nous, cet échec est dû en effet à l'absence de l'une des conditions de son application, le degré d'éducation du personnel par exemple. On peut comparer un tel degré d'éducation en sciences humaines au degré de température en sciences physiques, tous deux comptent parfois parmi les conditions nécessaires à l'application d'un principe scientifique.

Bien que ce ne soit pas la conception la plus fréquente, nous constatons que les véritables principes d'administration publiques ne sont pas des règles relatives au sens courant du mot, ils ont réellement une application universelle sur notre planète tout comme les principes des sciences physiques. Lorsque le résultat d'un principe ne se prouit pas en fait dans certaines circonstances, c'est faute de l'une ou de l'autre des conditions d'application de ce principe; et sur ce point il n'ya aucune différence entre une règle de science humaine et une règle de science physique. L'application de cette dernière ne résussit pas non plus si l'une de ses conditions fait défaut; la règle de la gravité ne s'applique pas hors du domaine de l'attraction terrestre exercée sur les corps.

31. La réussite de l'application des principes de l'aministration publique n'est pas toujours complète. La variété des éléments qui font les conditions de cette application, la diversité et la subtilité des facteurs de leur succès leur donnent une certaine souplesse et flexiblité apparentes qui participent malheureusement à la création d'une confusion ayant souvent pour résultat la négation du caractère scientifique des études administratives. La réussite de l'application d'un principe peut donc être complète, partielle ou bien aussi faire défaut selon la présence ou l'absence des conditions de cette application. Les principes des sciences physiques tombent sous le coup de la même constation. La production d'un corps chimique à partir de ses éléments constitutifs ne réussit pas complètement si les conditions d'application du principe mis en oeuvre

meilleure efficacité administrative. Celle-ci peut être comparée à l'état de neutralité entre l'acide et l'alcali en chimie. On n'arrive à cet état qu'en mélangeant des quantités déterminées des corps selon une certaine proportion, si bien que l'accroissement de l'un au détriment de l'autre compromettra la neutralité. De même, il n'ya pas de contradition réelle entre les deux derniers principes. Le principe de l'unité de commandement ne contrarie pas celui de la spécialistion, il est au contraire l'une de ses applications, puisque le chef supérieur, qui réalise l'unité de commandement est spécialisé dans la gestion de l'entreprise. Il importe peu qu'il connaisse parfaitement toutes les tâches exécutées à l'intérieur de l'entreprise. Dans sa mission administrative, il lui suffit de savoir l'essentiel des travaux qu'il dirige au lieu de se perdre dans des détails inopérants. alors que, le cas échéant, il peut se mettre au courant de toute affaire soumise à son contrôle.

29. La science administrative est une étude objective purgée des jugements de valeur et des considérations d'ordre éthique. Elle „s'arrête, somme toute science, au moment où s'imposent des options qui relèvent de l'appréciation subjective" (31). La séparation des faits et des valeurs est nécessaire et caractéristique dans la recherche scientifique.

Certes, l'administration suit des buts établis par le pouvoir politique, et ces buts présentent des valeurs à atteindre sans vérification ou appréciation, mais l'administration, dont les tâches impliquent presque toujours jugement et choix (32), devrait rechercher les solutions les plus rationelles pour réaliser les buts précisés.

30. L'appartenance de la science administrative au groupe des sciences humaines — comme nous l'avons remarqué — n'empêche pas, sur le plan méthodologique, son recours fréquent à l'expérience qui est la pierre d'angle des sciences physiques. L'analyse des faits passés et l'étude des rapports entre les transformations successives des conditions administratives et les résultats effectifs de ces transformations, peuvent aider à expliquer scientifiquement les phénomènes admiistratifs. De même, le recours aux études comparées permet de profiter des expériences des autres dans le domaine de l'organisation administrative. Il n'est pas indispensable de susciter les expériences en provoquant les phénomènes à observer pour connaître leurs véritables conséquences,

---

(31) Jean RIVERO, Traité de science adminstrative, 1966, P. 837—838

(32) Voir Robert Catherine et Guy THUILLIER, Introduction à une philosophie de l'administration, 1969, P. 340.

analysée par des enquêtes, des méthodes statistiques et des sondages d'opinion.

La science administrative tient à se référer aux résultats acquis par les autres sciences humaines, surtout la sociologie et la psychologie. Les réalités scientifiques quelles qu'elles soient ne sauraient être négligées par n'importe quelle étude sérieuse si elles concernent l'object de cette étude. La corrélation, l'interdépendance ou l'interaction des science humaines dans le domaine administratif est une vérité irréfutale. L'administratin publique ne profite pas seulement des résultats du progrès technique, mais elle suit aussi avec intérête toutes les recherches scientifiques qui peuvent l'intéresser.

28. Quant à la dernière tendance, on peut sans peine réfuter ses conceptions contraires au caractère scientifique de l'étude administrative. L'effet convenable de l'habileté personnelle des administrateurs ne sousentend pas l'absenc de principes administratifs. Certes, le degré de réussite de l'application d'un même principe peut varier selon la capcité de celui qui le met en jeu, mais cette habileté apparente n'est en fait que minutie dans l'application du principe, minutie consistant à regrouper soigneusement toutes les conditions de cette application. Il est certain qu'un administrateur ne réussira pleinement que s'il tient compte tant du moment où il prend sa décision que des bons rapports qu'il doit conserver avec ses subordonnés et de toutes les conditions d'application du principe envisagé. Ces conditions sont en réalité moins claires et précises en sciences humainesqu'en sciences physiques, mais on peut faire la même constatation dans toutes les sciences. Ainsi, appliquant les principes du magnétisme pour construire une boussole, le technicien ne réussira parfairement dans sa mission que s'il veille à l'équilibre de l'aiguille, à sa liberté de mouvement sur le centre et aux autres conditions nécessaires pour la réussite de la mise en action des principes directeurs. Ce technicien, parfois qualifié lui aussi d'habile, n'est en réalité que minutieux dans l'application de principes scientifiques.

La contradition entre les principes administratifs n'est, en effet qu'apparente. Les deux premiers principes, la réduction du nombre des subordonneés et la diminution des procédures, sont exacts, seulement chacun d'entre eux doit être appliqué dans une certaine limite, de sorte qu'il ne porte pas atteinte à l'application de l'autre, afin de réaliser la

que ses principes ne sont que des critères qui servent de guides pour l'action administrative. Ils contestent l'existence des principes de science administrative et préfèrent parler de simples proverbes, de recettes pratiques ou de propositions de réforme, puisque ces prétendus principes sont parfois contradictoires. C'est ainis que le principe selon lequel l'efficacité administrative s'acoroît avec la réduction du nombre des subordonnés contredit celui enseignant la diminution des étapes à travers lesquelles passent les affaires avant d'être achevées. De même, le principe de l'unité de commandement s'oppose à celui de la spécialisation.

26. Pour nous, bien que discipline nouvelle, la science administrative, correspondant à un champ propre de connaissances et fondée sur la méthode expérimentale, constitue une science exacte au sens étroit du mot. Si certaines conceptions administratives suscitent encore des divergences et si quelques auteurs contestent l'existence des principes de la science administrative,il est certain qu'il s'agit d'une science encore très jeune et que toutes les sciences ont plus ou moins entraîné des désaccords surtout à leur aube.

L'Ecole scientifique et l'Ecole socio-psychologique se complètent, en effet, pour qualifier l'étude scientifique de l'administration. Chacune de ces grandes tendances a partiellement raision. La première révèle l'importance qu'il y a à systématiser les conséquences tirées de l'expérirnence pour formuler des règles scientifiques, mais elle néglige le caractère humain du mécanisme administratif aussi bien sur le plan psychologique que sur le plan sociologique. La deuxième école évite ce défaut, mais constatant que la mise en pratique des principes administratifs ne réussit pas dans toutes les circonstances, elle conteste la portée générale de ces principes,oubliant que l'application de n'importe quel principe dépend de la réunion de certaines conditions comme nous allons bientôt l'expliquer.

27. L'Ecole scientifique devait reconnaître que la science administrative aborde tous les éléments et conditions du mécanisme administratif. Cette science étudie les attitudes et les comportements collectifs et individuels du personnel, notamment en ce qui concerne le recrutement, les rapports hiérarchiques et les motifs du travail, comme elle observe les matériels de l'administration et leurs effets sur l'efficacité de l'oeuvre administrative. Elle ne se désintéresse pas, non plus, de l'entourage de l'administration et de l'opinion publique qui peut être

En effect, les actes de la conduite humaine ne s'expliquent pas seulement,comme les phénomènes physiques, par le principe de la causalité objective, mais aussi et même souvent par une sorte de causalité subjective, si l'on peut dire, procédé de l'usage de la volonté et de la liberté de choix.

Par conséquent, le progrès à réaliser en sciences physiques est énorme si ce n'est infini, puisqu'elles protent sur des objets matériels, une fois leurs vérités et caractères saisis, on peut découvrir les principes qui les lient pour les utiliser. Mais en sciences humaines, quoique le progrès à venir soit certain, on ne peut espérer dominer tous les phénomènes humains pour créer le paradis terrestre, car ses sciences ont pour objet l'homme, avec sa volonté propre, son intérêt personnel et son esprit impur entaché de vices et d'égoïsme.

§ 2 — *La qualification de l'etude scientifique de l'administration* :

25. L'étude scientifique de l'administration publique et son encadrement dans la famille des sciences exactes suscite un désaccord entre les chercheurs. Plusieurs auteurs évitent de prendre parti quant à la qualification de l'objet de leurs études, se contentant soit du mot étude, soit de l'étiquette administration publique (28).

Le caractère scientifique de l'étude administrative a été reconnu par l'Ecole américaine dite „scientific management''. Celle-ci, cherchant à découvrir les principes de la bonne administration, a mis en avant un certain nombre de concepts tels que l'unité de commandement, la spécialisation et la délégation des responsabilités. S'opposant au pragmatisme pur, cette Ecole affirme que l'étude administrative est une véritable science dans la mesure où son objet est méthodologique ment traité dans un esprit scientifique.

De nombreux autéurs estiment que l'étude de l'administration publique est à la fois une science et un art (29). Pour d'autres elle n'est point une science, mais un simple art basé sur l'habileté personnelle. L'Ecle socio-psychologique — animée par Herbert Simon (30) affirme

(28) Sur les différentes attiudes des auteurs américains voir LANGROD, ouvrage déjà cité.

(29) V. Leinard HITE, Introdc.tion to the study of public administration 1955 Introudction

(30) Cf Herbert SIWON, Adminstrative behavoir : a study of decision-making process in administrative organization.

des procédés de simulaticn (26). D'autre part, l'analyse historique et comparée, qui ne se contente pas de l'étude purement descriptive mais qui tient compte surtout de relations entre les causes et les effects, des rapports entre les procédés suivis et les résultats obtenus, a une grande importance dans les recherches des sciences humaines, et peut sans danger, si on contôle bien ses condtions, remplacer l'étape de l'expérimentation.

23. Quels que soient leurs sujets, les sciences se développent de jour en jour et la vérité se présente de plus e plus clairement au fur et à mesure que les causes des phénomènes se font jour. La nature tout entière, dont la société humaine fait partie intégrante, n'est qu'un certain ordre de choses unies les unes aux autres par la relation cause-effet. Elle conteint des lois régissant les matières et d'autres concernant les phénomènes humains.

Ce sont ces lois qui peuvent être prises pour assise pour établir les moyens d'atteindre les objectifs. En sciences physiques, à partir de la connaissance des réalités et caractéristiques de quelques corps un appareil peut être créé pour réaliser un certain but. De même, en sciences humaines, sachant les raisons et conséquences de certains phénomènes, une institution destinée à remplier une fonction donnée peut aussi naître. Dans les deux catégories de sciences une seule règle peut servir de base pour construire plusieurs appareils ou établir divers systèmes. A ce propose on peut citer les multiples applications de la loi mag nétique en sicences physiques et celles de la loi de spécialisation en sciences humaines, il y a bien des façons d'appliquer ces lois.

24. Mais s'il existe une ressemblance entre les lois physiques et les lois concernant les phénomènes humains, la différence n'est pas moins cettaine. Dane les prémières la connexion de la cause et de l'effet est simple : chaque fois qu'existe une certaine cause, un effet déterminé l'accompagne. Quant aux dernières, la question y est moins claire et plus complexe (27), puisque ces lois sont à la fois causales, car elles expliquent les causes des phénomènes humains, et normatives, parce qu'elles montrent les voies à suivre pour atteidre le bien-être de l'homme. Pour que ces lois puissent servir, elles doivent être connues et adoptées, contrairement aux lois physiques qui gouvernent strictement des matières inertes sans volonté ni connaissance.

---

(26) Vo DirRAGO, op. cit. p. 7

27) Cf PINTO et M. GAWITZ, op. cit. p. 28

L'importance de l'aspect méthodologique des recherches se rapporte à la possibilité de vérifier la connaissance obtenue et présenter la preuve de son exactitude. C'est pourquoi on dit que le recours à la méthode scientifique basée sur l'expérimentation donne le caractère de science, au sens étroit du mot, à l'objet de l'étude, qu'il s'agisse d'un domaine physique ou humain.

Les sciences humaines se différencient des sciences physiques par leur objet de recherche. Tandis que ces dernières traitent les matières et leurs rapports causals, les premières se penchent sur les phénomènes humains.

22. C'est à propos des sciences humaines — dans lesquelles l'homme est à la fois sujet et objet d'investigation — qu'on discute le caractère proprement scientifique de l'étude,souvent pour le réserver aux sciences physiques, seules sciences exactes, et considérer les premières simplement comme des sciences conjecturales (24).

Les sciences humaines ne sont pas, à notre avis, toujours incompatibles avec la méthode expérimentale, elles invitent parfois simplement à atténuer le schéma classique de cette méthode dans ses tois étapes, l'observation, l'hypothèse et l'expérimentation, pour l'adapter à leur nature. L'observation doit jouer un râle essentiel dans les recherches des sciences humaines car l'expérimentation y est rarement possible puisque les facteurs à examiner ne peuvent être transposésen laboratoire. Mais pour ces sciences l'observation doit être bien préparée et contrôlée. Elle exige plus d'attention er de surveillance car l'object de l'observation comme l'observateur sont tous deux humains d'une part, et d'autre part les outils et instruments facilitant la recherche — comme le microscope en sciences physiques — font défaut en ce domaine. Quant à l'hypothèse, elle intervient après l'obsevation pour interpréter les faits significatifs et formuler leurs relations dans une loi générale. Enfin. la troisième et dernière étape, l'expérimentation n'est pas indispensable à toute science, l'astronome a pu progresser sans expérimentation(25) L'essentiel de cette étape est la vérification de l'hypothèse par n'importe quel moyen sûr.

Il convient de noter de plus que l'utilisation des ensembles électroniques a permis l'expérimentation dans des domaines où elle était impossible, par la construction de modélse et les recours a

(24) Cf DRAGO, op. Cit. p. 6 et suiv.

(25) Voir Roger PINTO et Madeleine GRAWITZ, Méthodes des sciences sociales, Précis Dalloz, 2e éd. 1967, p. 305 et suiv.

C'est principlement à cause des larges pouvoirs dont disposent l'administration que le droit administratif paraît aujourd'hui plus impotant qu'autrefois. Il permet de concilier l'exercice des prérogatives administratives exorbitantes du droit commun et impliquant la prééminece de l'intérêt général avec la sauvegarde des libertés publiquest des droits des indıvdus.

19. La juridiction administrative joue un rôle essentiel dans la formation comme dans le contrôle de l'application du droit administratif Là part du législatuer dans la confection des règles qui freinent le dynamisme de l'administration n'est pas encore assez importante on comparasion avec celle des régles jurisprudentielles. Pourtant, on peut s'attendre, avec le progrès de la science administrative, à une croissance sensible de l'intervention législative dans le domaine de la règlementation administrative pour consacrer l'orientation vers les directives de cette science.

20. Le droit administratif et la science administrative ont ainisi pour object commun l'administration pubique. Mais, tout en reconnaissant que l'orientation des recherches n'est pas la même pour ces deux études, le droit n'est-il pas lui aussi une science concernant l'administration publique ? Y a-t-il une différence dans la nature de l'étude entre le droit administratif et la science administrative permettant de qualifier cette dernière seulement de „science" pour la distinguer du droit qui n'est pas une science ? Avant de répondre à cette question en abordant la nature de chaque étude, il convient de discuter la signification du mot science.

§ 1 — *La signification du mot scuence*

21. La science en général est un ensemble de connaissances fondées sur l'étude etconcernant un domaine donné (23). Mais en fait le mot acience a deux sens. Son acception est partoissi étroite qu'il ne contient que les recherches débouchant sur des réalités matériellement prouvées, c'est-à-dire déduites par une méthode expérimentale. Le deuxième sens est assez large pour recouvrir toute image d'étude sérieuse effectuée dans n'importe quel domaine, abstraction faite de la méthode de recherche suivie, une méthode déterminée n'é tant pas nécessairement adéquate à n'importe quelle étude.

(23) Larousse

sation, le droit systématise les activités administratives selon les principes qu'il estime efficaces.

17. Le droit administratif peut être défini comme le corps des règles juridiques qui régissent la conduite de l'administration lorsqu'elle ne se soumet pas exceptionnel lement au droit privé (20).

Certes, la soumission de l'administration au droit n'exige pas nécessairement l'existence d'un droit administratif indépendant. Les administrations anglaises et américaines obéissent, dans une large mesure, au même droit que les particuliers. Même dans les pays de droit administratif, telle que la France, l'administration utilise parfois des procédés de droit privé surtout en ce qui concenre les services publcs industriels et commerciaux dont elle assure la gestion. Pourtant, il faut reconnaître que les règles de droit privé ne conviennent pas toujours aux rapports administratifs, soit à cause dela présence de problèmes inconnus de ce droit telles que les conditions de validité des actes mettant en oeuvre les prérogatives de la pussance publique,soit parce que les solutions adoptées par les règles du droit privé ne s'adaptent ps aux rapports administratifs, par exemple la relation entre l'administration et les foctionnaires publics (21).

18. Mais la soumission de l'administration au droit ne l'enchaîne pas complètement. Tout en limitant l'action de l'adminsitration, le droit ne saurait la priver de toute liberté et toute initiative, au risque de paralyser son activité. Si la règle juridique précise à l'administration un but à réaliser ou des limites à respecter, elle ne peut lui tracer rigoureusement les voies à suivre. L'administration dipose d'une certaine appréciation dans le choix de ses moyens d'action, d'un certain pouvoir discrétionnaire. au sein de l'orientation générale du droit qui se contente de jalonner les grandes lignes de son organisation (22).

---

(20) Voir Jean RIVERO, op. cit. p. 19

(21) CfWALINE, op. cit. cit. p. 15

(22) Le pouvior discrétionnaire de l'administration varie selon qu'il s'agit d'une administration de gestion ou d'une administration de mission, comme le remarque bien M. Edgard PISANI dans un article publié dans la revue française de science politique, 1956. La première consiste à gérer les services publics déjà organisés pour assurer la vie quotidienne et satisfaire les demandes des administrés. Quant à l'administration de mossion, elle est une confrontation avec des problèmes nouveaux dont les solutions ne sont pas encore dictées, et c'est ici spécialement qu'apparait nettement le puvoir discrétionnaire de l'administration.

tirer les conséquences et déduire les principes qui gouvernent le fait administratid ([17]).

La recherche scientifique sur le terrain administratif vise, en effet, a simplifier et systématiser les opérations, en réduisant les problémes fréquemment renouvellés en routine facilement applicable par le bas niveau de l'administration. Elle formule des principes aptes à être mécaniquement appliqués ([18]).

14. Ainsi, cette étude n'est pas stérile ni purement philosophique Elle cherche à découvrir et mettre en avant les règles de la bonne administration et les principes guides du progrès. Savoir pour savoir n'est plus guère la devise des sciences au vingtième siècle.

15. L'importance de la science administrative est de nos jours reconnue aussi bien dans les pays occidentaux que dans les pays socialistes et les Etats du Tiers-Monde. Après le prodigieux développement de la vie étatique contemporaine on n'hésite plus à affirmer que "quel que soit l'avenir, la science de l'administration deviendra l'instrument essentiel du bien-être humain" ([19]). La haute technicité des problèmes administratifs et la conviction que la bonne administration est nécessaire pour le progrès de toute société ont incité presque partout à créer des organismes spécialisés dans la recherche administrative.

§ 2 — *L'étude juridique de l'administration*

16. L'administration publique, dans un Etat de droit, est liée par la règle juridique qui lui trace les limites à respecter, pour que son action ne soit pas arbitraire. Les actes de l'administration doivent se conformer au droit aussi bien du point de vue du fond que du pount de vue de la forme.

L'obligation de l'administration de demeurer, dans sa conduite, sur le terrain de la légalité tient à des considérations variées. D'une part, cette obligation apporte aux individus une garantie capitale contre les empiètements, l'arbitraire et l'abus du pouvoir del'administration. D'autre part le respect des régles juridiques est un respect des impératifs de la politique gouvernementale. A cela s'ajoute que, par son organi-

(17) Cf DIMOCK, DIMOCK & KOENIG, op. cit. préface, p. VI

(18) Voir Elements of public administration, edited by Fritz Morstein Marx, second edition, Prentice Hall of India (PVT) Ltd. New-Delho, 1964, p. 47.

(19)Cf Charles A. BEARD, Public policy and gneral welfare, new-York, 1941, p. 158 et suiv. Cité par Langrod, op. cit.

administratif ([14]). Le caractère foncièrement ajuridique des études administratives aux Etats-Unis comme en Angleterre devait enfin s'atténuer plus ou moins pour permettre à l'étude juridique de prendre, elle aussi, sa place à côté de la science administrative.

§ 1 — *L'étude scientifique de l'administration*

12. L'étude scientifique ([15]) de l'administration consiste à décrire, ananlyser et critiquer les structures et les procédés de l'administration, pour expliquer et apprécier les phénomènes administratifs. Elle a pour but de déboucher sur les principes dont l'application conduit à relever la capacité de l'administration, aussi bien en améliorant les prestations qu'elle présente du point de vue quantitatif et qualitatif, qu'en diminuant les efforts et dépenses utilisées pour produire ces prestations.

La science administrative est une science humaine ayant pour objet de décrire et d'expliquer ([16]) l'édifice et le mécanisme de l'appareil étatique chargé d'exécuter la politique générale du gouvernement, afin de dégager les principes dont l'application aboutit à la meilleure exécution de cette politique,

Cette science cherche donc à saisir tout d'abord les phénomènes adiministratifs et ensuite à les expliquer et déterminer leur pourquoi pour mettre en relief les veritables déterminants de l'efficacité administrative.

13. Les expériences pratiques de la vie administrative montrent que certaines façons d'agir aboutissent plus efficacement à la réalsisation des buts de l'administration, et que la réalisation des buts de l'administration, et que la productivité de l'administration s'accroit par la bonne utilisation des moyens dont elle dispose. De ces expériences on peut

---

(14) Voir Georges LANGROD, Science et enseignement de l'administration publique aux Etats-Unis, librairie Armand Colin, 1954, p. 42 — 60.

(15) Il nous apparaît naturel — au moins linguistiquement — d'appeler étude scientifique de l'adminsitration les études de la science administrative,bien que des auteurs savants nient le caractère scientifique de ces études comme nous allons le voir dans les pages à venir.

(16) Voir Bernard GOURNAY, Cours de science administrative donné à l'Institu International d'Administration publique, p. 1 et suiv.

et pour moyens les ressources nationales, l'administration publique devrait — pour bein assumer sa mission— exercer ses pourvoirs le plus efficacement possible afin d'atteindre le meilleur rendement; c'est le but de la science administrative. D'autre part, l'administration ne devrait abuser de ses pouvoirs et restreindre les droits des citoyens que dans la mesure exigée réellement par l'intérêt général : c'est l'essentiel du droit administratif qui formule d'ailleurs juridiquement les indicatifs de la science administrative.

La science administrative étudie l'administration en fait, son édifice et ses procédés du point de vue descriptif, analytique et critique, afin de relever sa productivité. Le droit administratif concentre sa recherche sur les règles juridiques qui déterminent l'organisation et régissent l'action de l'administration, notamment en ce qui concerne ses rapports avec les administrés. Mais ses régles ne recouvrent pas tous les problèmes envisagés d'autant plus qu'elles ne sont pas toujours pratiquement respectées, ni toujours trés efficaces.

11. La nécessité d'étudier l'administration à la fois du point de vue juridique et du point de vue scientifique est maintenant ressentie et reconnue aussi bien en Europe qu'aux Etats-Unis. Pourtant, et jusqu'à une date récente, l'étude administrative en France était concentrée sur la légalité du fait administratif, alors que dans les pays anglo-saxons c'est son efficacité qui attirait l'attention des chercheurs.

Les recherches administratives en France, cantonnées depuis longtemps dans le domaine jurdique, ont dû récemment s'orienter vers l'organisation technique de l'administration en vue de trouver les meilleurs solutions à de nombreux problèmes qui ne sont pas suffisamment abordés du point de vue scientifique. Dès le début du vingtième siècle' particulièrement au cours et après les première et deuxième guerres mondiales, la science administrative a commencé à prendre place parmi les sciences humaines, encore que les études dont elle a fait l'objet restent généralement assez faibles et fragmentaires dans les pays continentaux en comparaison avec les recherches d'outre-atlantique.

Parallèlement, l'ambiance anti-juridique qui a marqué le développement de la science de l'administration publiqueaux Etats-Unis n'a pas empêché certains auteurs d'insister sur la nécessité des études du droit

I — LES BRANCHES DES ETUDES ADMINISTRATIVES

8. Quelle que soit la nature du régime politique de l'Etat, l'extension considérable des fonctions étatiques est devenue une nécessité reconnue partout. L'Etat moderne se charge de résoudre les problèmes innombrables de la société, non seulement dans le présent mais aussi en ce qui touche les perspectives d'avenir, notamment du point de vue démogtaphique et économique. L'accroissement des tâches de l'Etat a accentué l'importance de l'administration et entraîné un changement flagrant de son rôle (13). Il suffit de comparer l'administration de nos jours à celle du début du XX siècle pour constater l'ammpleur de ce changement, qui apparaît souvent sous l'image d'une évolution sans aspect spectaculaire ou rupture brusque.

9. L'importance croissante de l'administration dans la vie étatique et la complexité de sa mission ont fortement incité et encouragé toute recherche concernant l'administration de quel point de vue que ce soit, presque dans tous les pays civilisés.

L'administration peut être abordée sous des angles variés. Elle peut être traitée du point de vue historique: l'histoire administrative, du point de vue sociologique : la sociologie administrative, du point de vue philosophique : la philosophie adminsitrative, du point de vue juridique : le droit administratif : et enfin généralement du point de vue expérimental:la science administrative.

10. Parmi toutes ces études, il n'y a que la science administrative qui est pure et propre à l'administration; toutes les autres — histoire, sociologie, philosophie, droit — sont en réalité des études indépendantes, aptes simplement à être appliquées à l'administration. Elles sont des recherches auxiliaires à la science administrative, à part le droit administratif qui n'est pas une simple étude auxiliaire puisqu'il ne se contente pas de formuler juridiquement les principes de cette science, mais il sort aussi dans une large mesure de la sphère purement scientifique, soit pour s'intéresser à certains jugements de valeur telles que l'idée de justice et l'idée de la liberté.

C'est donc la science administrative et le droit administratif qui font l'essentiel des études administratives. L'autorité spéciale de ces deux études peut être ainsi rationalisée : ayant pour but l'intérêt général

(13) DIMOCK, DIMOCK & KOENIG, op. cit. p. IX

PLAN DE RECHERCHE

et une décentralisation administrative. Le personnel de l'administration, quoique le serviteur de celle-ci, dénonce quelques absurdités au sein de l'organisation où il entreprend sa tâche, et souhaite l'amélioration des conditions de son travail pour faire face à sa mission avec le maximum d'efficacité; il réclame surtout le relèvement du traitement et l'accroissement de ses avantages. De son cêté, le gouvernement envisage constamment le problème de la réforme administrative pour augmenter la productivité du travail administratif, absorber l'esprit révolutionnaire de la population [11]. et atténuer la lourdeur de l'appareil exécutif tout en prenant en considération les impératifs d'ordre financier [12].

Pourtant et malgré la variété des revendicationde ceux qui réclament la réforme, tous les intéressés s'accordent sur la finalité de cette réforme, finalité qui consiste à permettre à l'admnstration d'atteindre ses objectifs au moindre coût et d'obtenir les meilleurs résultats possibles avec les moyens dont elle dispose. Mais chacun traite la question de son point de vue — souvent impartail — exaltant les transformations qui le favorisent.

7. Pour bien mettre en évidence le rôle de la science administrative et du droit dans la vie de l'administration publique, il convient d'expliquer au premier abord les caractéristiques essentiels des deux disciplines pour les discerner l'une de l'autre; après quoi on essaiera d'élucider la nature de chaque étude du point de vue scientifique pour savour jusqu'à quel degré l'administration peut être dirigée par de véritables regles scientifiques; enfin, la corrélation des deux branches de recherche sera exposée afin de révéler la coopération qui pourrait s'établir entre elles pour servir leur but unique : le perfectionnement de l'administration.

---

(11) V. DIMOCK, DIMOCK & KOENIG, Public administration, revised edition, Holt RINCHART and WINSTON, New-York, 1961, p. 3.

(12) GOURNAY, opcit, p. 294 et suiv..

exécutif. Celui-ci ne se contente pas, comme son nom pourrait le laisser entendre, de l'exécution des plans déjà précisés, il joue un rôle de plus en plus substantiel dans l'élaboration de décisions qui engagent l'avenir national (

4. L'administration publique se distingue également de l'administration privée, aussi bien par son but qui est l'intérêt général que par ses moyens d'action qui consistent souvent dans l'utilisation des préprogatives de la puissance publique. Pourtant, la parenté entre les deux administrations n'est pas contestée, surtout en ce qui concerne les conceptions de l'organisationnet de la division du travail.

5. L'administration de l'Etat contemporain est une machine lourde, compliquée et difficile à changer ou modifier en raison de l'équilibre statique établi entre ses éléments composants. C'est pourquoi la plupart des propositions de réforme administrative demeurent sans suite, elles se heurtent à des forces antagonistes qui les neutralisent (9). D'autre part, la complexité des problèmes administratifs est telle que leurs solutions ne sont pas toujours faciles à adopter. On peut citer pour exemple le regroupement des tâches communes à tous les ministères, tels que les services médicaux, au sein d'un organisme interministériel spécialisé. Ce re groupement correspond à une préocupation générale dans les administrations modernes. Pourtant et sans contester ses avantages dans cetains cas, on peut constater que ce regroupement ne saurait être appliqué à toutes les tâches communes. Les dactylographes, par exemple, ne peuvent pas convenablement être rassemblées dans un service unique pour effectuer les travaux utiles à toutes les unités administratives (10).

6. La réforme administrative est partout et souvent réclamée par tous les intéressés, quelle que soit leur situation vis-à-vis de l'administration, qu'il s'agisse des administrés, des fonctionnaires ou du gouvernement. L'administration de l'Etat ne satisfait parfaitement personne. Les administrés se plaignent de la longueur des procédures et la complexité des réglementations et espèrent une diminution des impôts

(8) V. Marcel WALINE, Précis de droit administratif, éd. Monchrestien, 1969, p. 9 et suiv.

(9) Cf Bernard GOURNAY, Introduction à la science administrative, Librairie Armand Colin, 1970, p. 293 et suiv.

(10) op. cit. p. 297

individuels comme la loi budgétaire ou le déceret concernant l'organisation d'un service public, ou bien dans des règles juridiques, c'est-à-dire des dispositions générales, émises soit par le Parlement exerçant son pouvoir législtif, soit par l'Exécutif pratiquant son pouvoir réglementaire. Quelle que soit son image le gouvernement, pouvoir politique de l'Etat, précise Les points qu'il estime essentiels sur le terrain de l'activité étatique, laissant à l'administratin le soin d'oeuvrer dans ce cadre. Le terme „politique" désigne l'élaboration des plans, et mot "adminsitration" signifie l'exécution de ces plans (4).

Les rapports réciproques entre la fonction gouvernementale et la fonction administrative sont certains (5). Ils se manifestent en plusieurs aspects. L'action gouvernmentale et la direction des activités administratives incombent souvent aux mêmes organes. Le rôle du ministre à la tête de son ministère est un exemple clair de cette double fonction. En outer, l'administration présente au gouvernement les préparatifs nécessaires à l'élaboration des plans en lui soumettant les données effectives des problèmes à affronter. Elle lui précise aussi les entraves et les difficultés envisagées dans la réalisation des plans gouvernmentaux. Aussi, le gouvernment laisse toujours un certain pouvoir discrétionnaire à l'asministration pour qu'elle puisse fructueusement remplir sa mission. Enfin, le même fait peut avoir le caractère à la fois gouvernemental et administratif : la nomination d'un fonctionnaire, bien que fait essentiellement administratif, peut avoir une portée gouvernementale si elle marque un changement politique (6).

3. La fonction administrative se distingue des autres fonctions de l'Etat. Elle n'est pas confondue avec la fonction judiciaire qui réside en l'application du droit aux litiges en cas de contestation, ni avec la fonction législative qui consiste normalement à poser des règles générales régissant l'ensemble des activités publiques ou privées sans aborder les détails de l'application (7). Elle fait partie de la fonction du pouvoir

---

(4) Cf Georges LANGROD, Science et enseignement de l'administration publique aux Etats-Units, Librairie Armand Colin, 1954, p. 25

(5) Cf Jeanne SIWEK, POUYDESSEAU, Le personnel de direction des ministères, Librairie Armand Colin, Collection U, 1969, p. 113 et suiv.

(6) Cf Jean RIVERO, Droit admininistratif, Précis Dalloz, 3e édition, p. 12.

(7) La distrinction entre la fonction administrative et la fonction législative surtout rencontre quelque difficulté issue du fait que l'adminsitration élabore aussi des réglements posant, comme la loi émise par le Parlement, des régles générales.

L'ADMINISTRATION PUBLIQUE ENTRE LA SCIENCE ET LE DROIT

Par
MAGED EL-HELW
Chargé de Cours à la Faculté de Droit d'Alexandrie.

INTRODUCTION

1. L'administration publique, objet commun de la science administrative et du droit administratif, n'est pas aisée à définir avec précision, pourtant, et d'une façon globale, on peut dire qu'elle est l'entreprise tendant à réaliser les buts généraux prévus par le gouvernement de l'Etat.

D'une façon plus précise, en effet, le mot administration dans le domaine des connaissances étatiques —comme généralement d'ailleurs — présente deux sens. L'administration est ou bien un organe ou bien une action. Dans le premier sens, dit organique, elle consiste dans l'ensemble du personnel d'un service public, et dans le deuxième sens, dit matériel, elle signifie l'activité de gérer ou de diriger les affaires publiques. C'est ainsi qu'on peut dire dans un sens que l'administration est récemment nommée et dans l'autre que l'administration est confiée à quelqu'un (1).

2. Le rôle de l'administration dans l'Etat est essentiellement exécutif et subordonné (2). Il consiste en la réalisation des décisions du gouvernement, en mettant certains moyens en oeuvre pour poursuivre des buts déterminés (3). Ces décisions figurent ou bien dans des actes

---

(1) Le terme administration publique signifie parfois aussi l'étude de l'administration, c'est ainsi que la science administrative dans les pays anglo-saxons est appelée „public administration".

(2) La subordination de l'aministration paraît même dans son origine étymologique. Le mot administration vient du terme latin „ad-ministrare" qui signifie servir pour V. Roland DRAGO, Cours de science administrative, 1968—1969, p. 3

(3) V. Traité de Science administrative, éd. Mouton, 1966 P. 448

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIEE PAR LA FACULTE DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

15 ème ANNÉE, 1970
No. 2

REVUE AL HOQUOQ

POUR LES ETUDES JURIDIQUES ET ECONOMIQUES

PUBLIEE PAR
LA FACULTE DE DROIT
UNIVERSITE D'ALEXANDRIE



Vlo. XV
1970 — No. 2